

DROITS DE LA CONCUBINE lésée par un accident mortel survenu à son concubin

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 Décembre, à 13 heures 30

PAR

Francis BAUER

Président : M. H. SOLUS, Professeur.

<i>Suffragants</i> {	MM. HUGUENEY, HAMEL.	{ <i>Professeurs</i>
----------------------	-------------------------	----------------------

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES, 160

1935

Bauer



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Droits de la Concubine
lésée par un accident mortel
survenu à son concubin

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

DROITS DE LA CONCUBINE lésée par un accident mortel survenu à son concubin

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 Décembre, à 13 heures 30

PAR

Francis BAUER

Président : M. H. SOLUS, Professeur

<i>Suffragants</i> {	MM. HUGUENEY, HAMEL.	{ <i>Professeurs</i>
----------------------	-------------------------	----------------------

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et Cie

160, RUE SAINT-JACQUES, 160

1935



INTRODUCTION

Un homme et une femme, non mariés, vivaient ensemble maritalement. L'homme meurt, victime d'un accident. La concubine réclame réparation du dommage matériel et moral qu'elle prétend en subir personnellement. Elle demande compte de cette mort à l'auteur de l'accident. Elle fait valoir que son ménage, quoique irrégulier, était sérieux, qu'il durait déjà depuis longtemps, qu'au cours de cette vie commune son ami avait continuellement subvenu à ses besoins ; que tout porte à croire qu'il en aurait été de même dans l'avenir. Elle invoque l'affection véritable qui la liait au défunt, la sincère douleur qu'elle éprouve de sa fin tragique.

Quelle est la valeur d'une telle prétention de la maîtresse survivante ? Cette question, inséparable de celle de la valeur même de l'union libre, doit être située dans une étude générale de celle-ci.

Et c'est pourquoi nous devons, dans cette introduction, rappeler les solutions essentielles données à cette question par la doctrine.

D'assez nombreux ouvrages ont déjà traité de la question du concubinage, nous ne pouvons les passer ici sous silence, d'autant plus que nous y avons puisé de précieux renseignements qui nous ont apporté une aide efficace dans nos recherches. Ne pouvant passer tous ces documents en revue dans ces préliminaires nous nous borne-

rons donc à en citer quelques uns seulement, d'autant plus qu'une notice bibliographique placée à la fin de cette thèse fournira au lecteur tous les renseignements complémentaires.

Ce bref énoncé nous paraît en effet nécessaire pour bien situer notre sujet et en préciser exactement les limites.

Nous citerons donc entre autres ouvrages sur la matière, la thèse de M. Benchère, *Notions actuelles du concubinage* ; celle de M. Denis de Saint-Marc, *Le concubinage, ses notions, ses effets* ; celle de M. Guinard, *Effets juridiques de l'union libre* ; celle de M. Jourdain, *Les faux ménages dans leurs relations avec les tiers et spécialement avec la famille légitime* ; celle de M. Landre, *Le concubinage devant la loi et la jurisprudence moderne* ; celle de M. Peytel, *L'union libre devant la loi* ; celle de M. Perret, *Des ayants droits à indemnité en cas d'accident mortel* ; celle de M. Tribes, *Fondement et caractères de la réparation du préjudice moral*. Je tiens à mentionner enfin et surtout avant de clore ce bref énoncé bibliographique, deux articles fort remarquables, l'un de M. le Doyen Josserand ¹ *L'avènement du concubinat* ; l'autre tout récent de M. le Professeur Esmein, *L'union libre*, qui fixent d'une façon précise la position actuelle prise par la doctrine sur notre matière.

Le domaine exploré par la plupart de ces ouvrages est d'ailleurs beaucoup plus vaste que celui que nous nous sommes tracé, aussi, après cette introduction un peu générale, dans laquelle nous examinerons très succinctement la nature, l'histoire et les effets du concubinage,

1. Louis Josserand, « L'avènement du concubinat », *Dalloz Hebdomadaire*, 1932, p. 46-47.

nous aborderons directement le sujet plus spécial qui nous intéresse. Après avoir examiné les solutions de la Jurisprudence et de la Doctrine, dans ce cadre un peu général, nous verrons comment la question qui nous intéresse s'est présentée à la barre du prétoire.

Et d'abord, que faut-il entendre, au juste, par union libre ? Un couple non marié vit comme s'il l'était. C'est le trait essentiel à préciser.

Or, regardons la vie : si fertile qu'elle soit en combinaisons, si fantaisistes que ces dernières puissent être elles-mêmes, certains types se dessinent aux yeux du moraliste, du sociologue, du juriste.

Il y a trois sortes de situations extra-conjugales : le stuprum, le concubinage simple, le concubinat ou union libre ¹.

Le stuprum est la relation passagère, accidentelle, sans aucune continuité. Réserve faite de l'intervention occasionnelle de la loi pénale, il n'entraîne pas de conséquences juridiques. Il demeure en marge du droit, sauf si, consommant l'adultère, il devient, pour le conjoint trompé, une cause de divorce ou de séparation de corps.

Le concubinage simple implique, au contraire, une continuité dans les relations hors mariage, mais non pas une communauté d'existence ; la femme qui est entretenue par un amant vit en concubinage avec lui, alors que, ne résidant pas sous le même toit, elle ne le voit que rarement, et même si de notoriété publique, elle ne lui est pas fidèle : conformément à l'étymologie du mot, c'est la communauté de lit (*cum cubare*)

1. Paul Esmein, « L'union libre », Dalloz Hebdomadaire, 1935.

2. Louis Josserand, « L'avènement du concubinat », Dalloz Hebdomadaire, 1932, p. 46-47.

qui fait le concubinage, indépendamment de la communauté d'existence et d'habitation ¹.

Le concubinage simple produit éventuellement des conséquences juridiques, les unes négatives (nullité des libéralités tendant à l'établissement ou au maintien des relations irrégulières), d'autres positives ; c'est ainsi que la loi autorise la recherche de la paternité naturelle « dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception » (Code civil, art. 340-4°) ; ainsi également que, pour la jurisprudence, le concubin assume, vis-à-vis de la femme, une obligation naturelle tendant à la réparation du dommage causé par la séduction ².

Quant à l'union libre, ou concubinat moderne, elle produit d'abord tous les effets attachés au simple concubinage, mais, en outre, et parce qu'elle implique la communauté d'existence, elle devient un centre de rapports obligatoires, actuels ou éventuels, dès maintenant réalisés ou simplement en puissance, qui s'affirment de plus en plus nombreux ³.

L'histoire explique la physionomie et l'extension contemporaine de l'union libre. Il faut savoir ce que celle-ci a été dans le passé avant de rechercher ce qu'elle est actuellement et quels effets lui sont à tort ou à raison reconnus.

1. *Ibidem*.

2. Poitiers, 29 octobre 1928, Dalloz, 1929-2-19 note Voirin ; Poitiers, 8 février 1930, Dalloz Hebdomadaire, 1930-238. Louis Josserand, *op. cit.*,

3. Josserand, *Ibidem*.

I

Histoire de l'union libre

Dans toute société civilisée il y a, en vue de l'intérêt de la famille et de la collectivité, réglementation des unions, et, par suite, des unions régulières et des unions irrégulières se trouvent en opposition.

A Rome, à l'époque impériale, le concubinat était un *inaequale conjugium*, une union entre personnes de conditions sociales différentes, un mariage d'ordre inférieur ¹.

L'Eglise condamna le concubinage. Elle prononçait contre les concubins, quand ils refusaient de se marier, des peines canoniques sévères et ordonnait leur séparation ². Les juridictions laïques de l'ancienne France, appelées à statuer sur ces questions, lorsque fut éliminée la compétence des juridictions ecclésiastiques sur le mariage, se refusèrent à ordonner la séparation des concubins ³. Cette opposition des jurisprudences laïque et ecclésiastique provenait de ce que, en droit canonique, les relations hors mariage étaient considérées en elles-mêmes comme un acte essentiellement illicite, comme un péché.

Toutefois cette sévérité de l'Eglise pour le concubinage ne peut être bien comprise que si l'on rappelle la conception canonique du mariage lui-même.

Dans la législation canonique, conforme à cet égard

1. Paul Gide, *L'enfant naturel et la concubine dans la législation romaine*, 1885.

2. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, 114 et 310.

3. Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, p. 34 ; Muyart de Vouglars, *Institutes au droit criminel*, 1757, p. 492.

aux traditions romaines, le mariage ne requérait ni l'intervention de l'autorité publique, ni même la rédaction d'un écrit. C'était un contrat purement consensuel. Une seule condition était nécessaire à sa formation : la volonté réciproque de l'homme et de la femme de se prendre pour époux. La bénédiction nuptiale elle-même, recommandée par l'Eglise, n'était pas indispensable. Dans la doctrine catholique, en effet, les ministres du sacrement de mariage sont les époux eux-mêmes ; le prêtre n'est qu'un témoin qualifié.

Qu'est-ce qui distinguait donc le mariage des simples fiançailles ? Une différence d'intention chez les contractants. Dans les fiançailles (*sponsalia de futuro*) les futurs époux exprimaient l'intention de se prendre dans l'avenir comme mari et femme. Dans le mariage (*sponsalia de proesenti*) les époux veulent s'unir dès à présent. Cette différence d'intention pouvait se prouver par tous les moyens. La *copula carnalis* manifestait une intention nouvelle et transformait les fiançailles en mariage.

L'un des avantages de cet état de choses était de diminuer le nombre des unions illégitimes. Etant donné que le mode normal de démonstration du mariage purement consensuel est la possession d'état d'époux, laquelle résulte de la cohabitation publique et prolongée, les unions que nous appelons aujourd'hui des faux ménages constitueraient autant de mariages réguliers¹.

Si l'intention seule distinguait le mariage des fiançailles, seule aussi elle le différenciait du concubinage. Lorsque deux personnes vivaient ensemble, sans avoir auparavant échangé des promesses de mariage, comment savoir si elles étaient époux ou concubins ? Pendant long-

1. A. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, 1921, p. 121.

temps la remise d'une dot fut le signe distinctif par excellence du mariage¹. Puis l'Eglise s'attaqua à la clandestinité du mariage. Elle prescrivit que toute union fut précédée de bannies ou publications. Mais c'est seulement en 1563, au Concile de Trente, qu'elle en vint à requérir une célébration publique. Encore ne s'y résolut-elle qu'avec de grandes hésitations, sous la pression des princes temporels, particulièrement du roi de France, dont le but était de combattre par la publicité les mésalliances trop faciles grâce à la clandestinité du mariage².

La solennité du mariage fit passer au rang d'unions illégitimes nombre d'unions qui, dans la conception du mariage purement consensuel, eussent été régulières.

Lorsque, sous la Révolution, le mariage fut sécularisé, le concubinat échappa aux préoccupations d'ordre religieux, mais continua à poser des problèmes sur le terrain social. Or la solennité du mariage s'est toujours maintenue dans nos lois. Depuis la loi des 20-25 septembre 1792, la célébration a lieu devant l'officier de l'état civil et en présence de témoins (art. 75, Code civil). La plupart des législations étrangères imposent aussi la nécessité de la célébration du mariage.

On assita alors à un contraste assez curieux. Tous ceux qui, en France et dans les pays dont nous parlons, vivaient en ménage sans que leur mariage eût été célébré, étaient des concubins. Au contraire, le mariage purement consensuel se maintint longtemps dans les pays chrétiens étrangers à l'action du Concile de Trente, c'est-à-dire chez les nations protestantes. En Ecosse, il y a peu de

1. Esmein, « Le testament du mari et la donation *ante nuptias* », dans *Nouvelle Historique*, 1884, p. 22.

2. Basdevant, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, thèse, Paris, 1900.

temps encore, le mariage pouvait se former sans publicité par la seule vertu de l'échange des consentements. Aujourd'hui même, dans certains Etats de l'Amérique du Nord, la même règle est en vigueur. Des hommes et des femmes étaient et sont encore mariés qui, ailleurs, et vivant dans des conditions identiques, auraient été ou seraient considérés comme des concubins.

Il y a, on le voit, dans la notion même de l'union libre comparée à celle du mariage, une relativité dont il convient de tenir compte. Mais ce qu'il ne faut pas oublier non plus, c'est que, étant donnée l'existence de la règle de la solennité du mariage, ceux qui refusent de s'y soumettre peuvent obéir à des mobiles très différents. Il se peut qu'en tenant leur union légalement clandestine, ils cherchent à se réserver la facilité de se séparer sans autre raison ni formalité que leur fantaisie. Mais il est possible aussi que, trouvant gênantes ou coûteuses les formalités prescrites par la loi en vue de la célébration ou pour celle-ci elle-même, ils contractent un mariage purement consensuel dans leur pensée.

Ces deux sortes de mobiles sont à retenir, sans que l'un exclut l'autre, quand on se demande quelles idées et quels faits ont contribué à donner une efficacité de plus en plus grande à un genre d'union permettant à l'homme et à la femme de reprendre leur liberté au gré de leurs désirs, favorisant ainsi l'abandon des mères et des enfants, manifestant dès lors une régression sociale bien plutôt qu'un progrès ?

La crise des idées morales ne saurait être ici passée sous silence. On a cherché le bonheur dans l'affranchissement de toute contrainte et dans la révolte contre le devoir. Développant les mœurs nouvelles en même

temps qu'elle les décrivait, la littérature a fait l'apologie de toutes les émancipations et a diffusé cette croyance un peu naïve que le mariage est une institution surannée. Celle-ci n'a-t-elle pas du reste été fortement dégradée par une pratique sans cesse croissante du divorce? Mais il faut franchement reconnaître que le mariage solennel et formaliste a, d'autre part, l'inconvénient de multiplier les faux ménages. C'est en se plaçant à ce point de vue que le droit canonique s'est montré si longtemps attaché au mariage consensuel. Il avait compris que, pour restreindre le nombre des unions libres, il importe de rendre le mariage aussi simple et facile que possible. Or le législateur moderne, en adoptant le principe de la solennité du mariage établi lors du Concile de Trente, semble en avoir exagéré la portée. Notamment il fait jouer à l'officier de l'état civil un rôle plus essentiel que celui du prêtre; il voit en lui un célébrant, et non pas seulement un témoin nécessaire, ce qu'il est toujours demeuré dans le mariage catholique. Les formalités du mariage sont excessives. Sans doute elles répondent à une bonne intention qui est d'inviter à la réflexion les futurs époux, de permettre aux familles des oppositions, de faciliter la preuve éventuelle du mariage et de la légitimité des enfants. Mais, malgré les simplifications que leur ont apportées quelques lois du XIX^e et du XX^e siècle, elles sont toujours une gêne dans les milieux ouvriers où beaucoup de couples reculent devant les démarches et les paperasses requises et préfèrent se mettre en ménage sans passer par la mairie. Le remède à cet état de choses serait, sans aller jusqu'au retour à la consensualité du mariage, dans une réduction du formalisme à son minimum le plus strict. Sans sacrifier ainsi les avantages non

douteux que présente la solennité du mariage, on éviterait les inconvénients de ses excès.

La crise des idées morales et l'exagération du formalisme expliquent la multiplication des unions libres. Par le fait même que celles-ci devenaient de plus en plus nombreuses, elles engendraient des rapports de fait et des litiges dont les tribunaux ne purent refuser de connaître. C'est ainsi que, par la force des choses et par des chemins divers une efficacité croissante fut attribuée au concubinat. Celui-ci ne se présente plus d'ailleurs comme un *inequale conjugium* ; il est possible qu'il lie des personnes de conditions sociales différentes, mais il est pratiqué souvent aussi par un homme et une femme de même condition, ouvriers, bourgeois, mondains. Et c'est une raison de plus pour qu'il ait aux yeux du public l'apparence d'un mariage. Alors qu'il ne manque même pas la similitude des conditions sociales, comment se douterait-on si l'on n'a pas la curiosité ou le temps d'aller à la mairie, qu'un couple vivant maritalement, n'est pas marié. Tout se passe, en fait, comme s'il y avait mariage. Il ne s'ensuit pas que tout doive se passer en droit de la même façon. Cependant n'est-on pas porté à cette identification ?

II

Effets de l'union libre

M. Louis Josserand affirme que les effets de plus en plus nombreux de l'union libre impriment à celle-ci le caractère d'une véritable institution. « Il serait instructif, écrit-il¹, de faire l'inventaire des institutions, qui, abolies ou oubliées pendant des décades ou des siècles, resurgissent un jour des profondeurs du passé pour accomplir des destinées parfois toutes différentes de celles que comporte leur vie antérieure ; dans leur renouveau, elles ont changé de structure et de physionomie : la résurrection s'accompagne pour elles d'une transposition. Pareille renaissance et pareille adaptation à des fins nouvelles furent réalisées tantôt par le législateur et plus souvent par la jurisprudence, parfois aussi sous l'action combinée de ces deux sources du droit. C'est ainsi que l'adoption, abondamment pratiquée à Rome, puis oubliée pendant des siècles, a pu renaître au souffle des idées révolutionnaires, pour trouver place dans le Code civil et pour prendre, avec la loi du 19 juin 1923, un nouvel essor au lendemain de la guerre, c'est ainsi que l'on vit apparaître, vers la même époque, la légitimation *post nuptias*, par décision judiciaire, évocatrice de la légitimation par rescrit du prince ou par lettres royaux (loi 30 décembre 1915) ; ainsi encore que notre jurisprudence a donné une sorte d'ersatz aux substitutions prohibées en faisant sortir effet du double legs alternatif,

1. « L'avènement du concubinat », Dalloz Hebdomadaire, 1932, p. 45.

de même qu'en validant, à de certaines conditions, les clauses d'inaliénabilité, elle fait échec au principe supérieur de la libre circulation des biens et ressuscite comme une main-morte temporaire ; c'est ainsi enfin, pour nous limiter à quelques exemples saillants, qu'elle a retrouvé ce concept de la personnalité morale, oublié ou dédaigné par les auteurs de la grande codification napoléonienne et qui a pris, dans le monde entier, un si vigoureux essor.

« Et il semble bien qu'elle tende également à retrouver, à rejoindre cette antique institution du concubinat que notre droit positif avait condamnée sans appel et qui, par un retour offensif, paraît vouloir se développer, se préciser, s'installer à côté du mariage comme la possession s'affirme à côté de la propriété ; vainement dit-on de cette possession qu'elle n'est qu'un pur fait ; nul n'ignore qu'elle produit des effets juridiques d'une importance capitale : de même l'union de fait, sur laquelle les rédacteurs du Code civil ont pensé jeter pudiquement un voile impénétrable, tend à devenir une situation juridique organisée ; ici comme partout, l'étanchéité du droit par rapport au fait n'est qu'une vaine illusion, un mirage qui s'évanouit à la réflexion comme à la leçon de l'expérience ».

N'y a-t-il pas quelque exagération à considérer l'union libre comme ayant pris la valeur d'une véritable institution en marge du mariage, et, suivant l'expression de M. Hauriou¹, la figure d'un « mariage de seconde zone ». Etudions à cet égard la loi et la jurisprudence.

1. Sirey, 1928-3-97 note sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mai 1928.

A

L'union libre et la loi

Certaines législations punissent le concubinat. Ainsi, en Allemagne, jusqu'à nos jours, le droit et les pouvoirs publics, dans des conditions variables suivant les régions, ont prononcé des peines contre les concubins ou les ont obligés à se séparer ¹.

En France, l'union libre est une situation contraire aux règles légales d'organisation de la famille, mais elle n'est pas en elle-même un état légalement illicite. Sans doute, lorsque l'un des concubins est marié avec un tiers, les rapports extra-conjugaux constituent, pour celui des amants qui se rend coupable d'adultère et pour l'autre aussi, du moins s'il connaît l'état d'époux de son ami, un acte légalement illicite. La mise hors la loi, seulement atténuée, des enfants adultérins, implique logiquement celle des couples adultérins. Mais, quand les concubins sont libres, le droit français ne considère pas comme illicites en eux-mêmes les rapports hors mariage ; le Code civil a ignoré ceux-ci et a jeté sur eux ce voile pudique dont parle M. Josserand.

Lorsque les faux ménages se sont multipliés, cette ignorance n'a pu se maintenir dans toute son intransigeance première. Le législateur ne pouvait faire abstraction du fait du concubinage. Des lois assez nombreuses ont édicté des dispositions constituant, dans une certaine mesure, une reconnaissance de l'union libre ². Les lois d'assistance, en particulier, ne distinguent pas entre mé-

1. Lokenstein, die Bekämpfung der Konkubinales in der Rechtswelt, 1919 ; Esmein, « L'union libre », Dalloz Hebdomadaire, 6 juin 1935, p. 52 en note.

2. Capitant, *Transformation du droit civil français depuis 50 ans*, p. 40.

nages légitimes et illégitimes. Ainsi la loi du 14 juillet 1913 accorde les mêmes allocations aux uns et aux autres en ce qui concerne l'assistance aux familles nombreuses. Il en est de même de la loi du 17 juin 1913 relative aux allocations aux femmes en couches. La loi de finances du 29 juin 1918 déclare que les primes de natalité profiteront à toutes les mères d'enfants légitimes ou naturels reconnus. La même expression se retrouve dans la législation concernant les indemnités accordées aux fonctionnaires pour charges de famille.

La législation de guerre offre aussi cette assimilation de l'union légitime et de l'union libre. Pendant la durée des hostilités les allocations militaires furent couramment accordées à la concubine comme à l'épouse ; la concubine était maintenue dans les lieux loués, alors que son compagnon était mobilisé et que, vivant habituellement avec lui, dans le local antérieurement au 1^{er} août 1914, elle était à sa charge (loi du 9 mars 1918, art. 20-30).

En matière de prorogation, le droit à ce bénéfice reste acquis en cas d'abandon de domicile ou de décès du locataire ou de l'occupant « aux personnes vivant habituellement avec lui, membres de sa famille ou à sa charge » (loi du 1^{er} avril 1926, art. 3 § 1^{er}). C'est dire nettement que la concubine a droit à la prorogation ¹.

Toutefois il s'agit toujours de dispositions de circonstance ou d'assistance. Il n'est pas possible d'en tirer argument pour dire que les Pouvoirs publics reconnaissent vraiment à la concubine une situation légale.

Rappelons ici la discussion soulevée à la Chambre

1. Commission supérieure de cassation, 7 juillet et 20 décembre 1928, Dalloz Hebdomadaire, 1928, 594 et 1929, 70.

des députés à l'occasion d'une réforme de la loi sur les accidents du travail¹.

A la séance du 20 décembre 1927, la Commission avait proposé l'article suivant : « l'épouse de fait aura les mêmes droits que le conjoint survivant quand elle sera mère d'un enfant reconnu par la victime ou quand elle pourra prouver qu'elle vivait maritalement depuis au moins trois ans avec lui, si toutefois il n'y a pas d'époux légitime ». Cet article fut rejeté par 368 voix contre 181. Ce fait ne donne-t-il pas une indication sur la persistance de la réprobation morale de l'union libre par le législateur ?

B

L'union libre et la jurisprudence

Comment les tribunaux définissent-ils le concubinat ? et quels effets lui attribuent-ils ?

Les éléments constitutifs de l'union libre, tels que les conçoit la jurisprudence, consistent dans une prolongation des relations, une communauté d'existence, une manière habituelle de se comporter qui créent l'apparence du mariage.

La prolongation des relations distingue le concubinat du concubinage simple, consistant en rapports passagers plus ou moins éphémères. La jurisprudence attache une grande importance à cette continuité et à cette stabilité² de fait des relations entre amants qui semblent ainsi avoir noué entre eux un véritable lien extra-conjugal.

Mais, si durable qu'elle soit, une liaison ne mérite le

1. *Journal Officiel*, 1927, Débats parlementaires, Chambre, p. 3928-3932.

2. Notamment Cass. crim., 26 novembre 1926, Dalloz, 1927-1-73 ; Cass. crim., 9 novembre 1928, Sirey, 1930-1-37 ; Cass. crim., 27 avril 1934, *Gaz. Pal.*, 1934-1-927 ; Lyon, 23 octobre 1929, Dalloz, 1929-2-169.

nom d'union libre que si elle s'accompagne d'une communauté d'existence, d'habitation, d'intérêts, d'un genre de vie à l'image de la vie conjugale. On voit des arrêts souligner, pour caractériser le concubinat, la communauté d'existence et de toit ¹, la fidélité de la femme ², la rectitude de la vie des concubins, la stricte observation par eux « des devoirs d'assistance réciproque et de protection que la loi impose aux unions régulières » ³, les liens d'affection réciproque et l'association d'intérêts matériels ⁴. Quelquefois les arrêts notent l'attitude des concubins envers leurs enfants rassemblés au même foyer et entourés de soins communs ⁵ ou interrogent l'opinion publique, celle des voisins, des membres de la famille ou des employés de la maison ⁶, aux yeux desquels l'amie est une « concubine attitrée » ⁷. Il est fait état de ce que le couple vit maritalement ⁸.

C'est bien, en effet, cette existence maritale qui livre le trait essentiel de l'union libre. « Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage, ce me semble ? » disait le grand Loisel. Cette vieille maxime est à rappeler ici, pourvu que la communauté de vie qu'elle évoque soit habituelle et évidente pour l'entourage. Les concubins ont une existence telle que tout s'y passe comme s'ils étaient mariés.

1. Cass. civ., 12 mai 1925, Dalloz, 1925-1-124, 6^e espèce ; Lyon, 31 mars 1930, Dalloz, 1930-2-64 ; Rennes, 7 mars 1904, Dalloz, 1905-2-305 ; Rennes, 8 juillet 1931, Dalloz Hebdomadaire, 1931-503.

2. Cass. civ., 12 mai 1925 précité.

3. Lyon, 23 octobre 1929, précité.

4. Lyon, 31 mars 1930, précité.

5. Douai, 23 mars 1931, Sirey, 1931-2-113 ; Lyon, 23 octobre 1929, précité.

6. Douai et Lyon, précités.

7. Montpellier, 24 juin 1924, Dalloz, 1924-2-145.

8. Cass. crim., 26 novembre 1926, précité ; Commission supérieure de cassation, 20 décembre 1928, Dalloz Hebdomadaire, 1929-70 ; Trib. corr., Seine, 12 février 1931, Dalloz, 1931-2-57.

Seulement ils se sont passés de l'intervention de l'officier de l'état civil.

« Et un rapprochement surgit inévitablement dans l'esprit, écrit M. Josserand¹, entre l'union libre et la possession irrégulière, *ad usucapionem* ; comme celle-ci, celle-là doit être continue, non interrompue, paisible et publique ; il faut que, par sa durée, sa continuité, ses caractères spécifiques, ses résultats, elle donne l'illusion d'une vie régulière, de même qu'une possession utile reflète fidèlement la propriété ».

Et, effectivement, les concubins doivent avoir comme une possession d'état d'époux lésigime, ou, du moins, ils doivent se comporter comme s'ils voulaient acquérir cette possession d'état caractérisée par la trilogie traditionnelle : *nomen, tractatus, fama* ; leur liaison doit présenter « les apparences de la vie conjugale »², une « apparente régularité »³. On est ainsi conduit à cette définition que l'union libre, le concubinat moderne, est un mariage apparent auquel il ne manque, pour devenir une pleine réalité juridique, que d'avoir été célébré par un officier de l'état civil ». Pour reprendre la formule dont se sert M. Josserand on peut dire en quelque sorte que le concubinage est au mariage, ce que la possession est à la propriété.

Telle est, telle qu'elle se dégage des décisions de jurisprudence, la physionomie de l'union libre. Les expressions mêmes employées par les arrêts indiquent que cette union est traitée avec un certain ménagement, sinon avec une certaine considération. Mais est-ce à dire qu'on lui attri-

1. « L'avènement du concubinat », *loc. cit.*, p. 46.

2. Cass. civ., 12 mai 1925, précité.

3. Douai, 23 mars 1931, précité.

bue la valeur d'une sorte de mariage de seconde zone et qu'on l'érige en une institution nouvelle en marge du mariage ?¹

Si les tribunaux consacraient, comme ayant une valeur légale, l'union d'un homme et d'une femme vivant en ménage avec l'apparence d'un couple d'époux, ils développeraient la pratique de l'union libre ; ils méconnaîtraient leur devoir qui est de sauvegarder l'institution du mariage, fondement essentiel de la famille dans le Code civil, et dans laquelle la grande majorité des Français ont foi.

Les effets reconnus par la jurisprudence au concubinat entraînent-ils donc un semblable résultat ? D'une manière générale il convient de dire que les arrêts n'ont jamais admis entre les concubins l'existence d'un lien tel qu'il impliquerait, en droit, une certaine assimilation avec le mariage. Mais ils ne purent, pas plus que le légis-

1. Voir sur le concubinat et ses effets, dont la littérature se fait assez abondante : Peytel, *L'union libre devant la loi*, thèse, Paris, 1904 ; Robert Désiry, « Les conséquences juridiques du concubinage en dehors de l'application de l'art. 340 du Code civil », dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932 ; Landre, *Le concubinage devant la loi et la jurisprudence modernes*, 1921 ; Denoix de Saint-Marc, *Le concubinage. Sa notion. Ses effets*, thèse, Bordeaux, 1927 ; Libotte, *De l'état de concubinage*, 1921. Guinard, *Effets juridiques de l'union libre*, thèse, Paris, 1933, Beuchère, *Notion actuelle du concubinage*, thèse, Paris, 1932 ; Jourdain, *Les faux ménages dans leurs relations avec les tiers et spécialement avec la famille légitime*, 1933 ; Savatier « Le concubinage », *Répertoire Général du Notariat*, 1927 ; M^{lle} Vandamme « La concubine doit-elle être admise à agir en réparation contre l'auteur de la mort de celui avec lequel elle vivait ? », *Revue Critique*, 1934 ; Jossierand « L'avènement du concubinat », *Dalloz Hebdomadaire*, 1932 ; Paul Esmein, « L'union libre », *Dalloz Hebdomadaire*, 1935 ;

Les traités généraux de droit civil ne peuvent plus faire abstraction de l'union libre : notamment : A. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, 1921, p. 122 ; Planiol et Ripert, *Droit civil français*, t. II, 1926, p. 58 ; Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, 2^e édit., t. I.

Les ouvrages consacrés à la responsabilité civile font une place nécessaire à la question même qui est l'objet de notre étude : MM. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, 1934 ; Lalou, *La responsabilité civile*, 2^e édit. Voir aussi les nombreuses notes d'arrêts et dissertations, concernant cette même question, qui seront indiquées dans la suite de notre travail.

lateur lui-même, faire abstraction d'une situation de fait dont les conséquences diverses appelaient une appréciation au regard de l'équité et des principes du droit. Les tribunaux furent ainsi amenés, par une voie détournée, au moyen de constructions juridiques variées, grâce parfois à une casuistique assez subtile, à conférer à l'union libre une réelle efficacité.

Pour apercevoir cette œuvre jurisprudentielle, il faut passer en revue les décisions concernant :

- 1° le rôle du concubinage dans la recherche de la paternité et de la maternité ;
- 2° les rapports des concubins entre eux ;
- 3° les rapports des concubins avec les tiers.

1° Rôle du concubinage dans la recherche de la paternité et de la maternité.

Le concubinage notoire, pendant la période légale de la conception, joue, aux termes du § 4 de l'art. 340 du Code civil (loi de 1912), un rôle de preuve dans la recherche de la paternité naturelle. Faciliter cette recherche, dans l'intérêt de l'enfant et de la mère, n'est pas donner au concubinat un caractère légal. Le concubinage notoire doit-il s'entendre du concubinage simple, supposant des relations continues, mais sans communauté d'habitation, ou de l'union libre proprement dite, caractérisée par cette communauté ? Ce point a donné lieu à des difficultés en jurisprudence. Il a été néanmoins résolu d'une manière favorable à l'enfant¹. La Cour de cassation, le 20 juillet 1931, a admis que le concubinage, au sens de l'art. 340, n'implique pas rigoureusement cohabitation des amants ; qu'il faut et qu'il suffit que la fréquence,

1. Julien Bonnecase, *Précis de droit civil*, t. I, 1934, p. 475.

la continuité, la stabilité et l'exclusivité des rapports entre eux soit notoire¹. De même la Cour de Poitiers, le 18 janvier 1933, a déclaré que « la continuité, la stabilité, la notoriété et l'exclusivité des relations pendant la période légale de la conception, qui, suffisant à caractériser le concubinage, permettent de déclarer judiciairement la paternité hors mariage, n'impliquent pas nécessairement la communauté d'habitation entre les concubins »². Non seulement l'union libre, mais le simple concubinage est donc admis comme mode de preuve de la paternité naturelle. Il n'y a pas là un effet exclusivement propre à l'union libre.

Le concubinage favorise aussi la recherche de la maternité naturelle. La preuve de l'accouchement comme celle de l'identité de l'enfant sont établies dans les termes de l'art. 341 et beaucoup plus aisément qu'en l'absence de cohabitation des parents. D'ailleurs la reconnaissance émanée du père entraîne automatiquement celle de la mère, du moins si elle porte indication de celle-ci. Dans l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 336, les soins donnés à l'enfant vaudront aveu de maternité et complèteront donc l'indication fournie par le père³. Il s'agit toujours d'attribuer au concubinage une fonction de preuve qui n'implique pas l'existence d'un lien légal entre les concubins.

2° *Rapports des concubins entre eux.*

Les tribunaux sont inspirés par cette idée, qui leur est dictée par la conscience populaire, que le concubin a un devoir moral envers sa concubine.

1. Cass., 20 juillet 1931, Sirey, 1931-1-342.

2. Poitiers, 18 janvier 1933, Sirey, 1933-2-140.

3. Cass. civ., 25 novembre 1913, Sirey, 1914-1-95.

La première manifestation de cette idée est que le concubin a le devoir naturel de pourvoir à l'entretien de sa compagne. Si le concubin n'exécute pas cette obligation de conscience, la concubine ne peut rien réclamer. C'est donc qu'il n'y a pas entre les amants de lien légal qui entraînerait des obligations civiles de secours et assistance semblables à celles qui existent dans le mariage. Mais l'union libre, n'étant pas en elle-même un état illicite dans le droit français, ne constitue pas une cause de déchéance des droits. Si, donc, le concubin transforme son obligation naturelle en obligation civile, la concubine pourra en demander l'exécution.

Particulièrement le concubinat n'est pas une cause de déchéance de la faculté de donner et de recevoir à titre gratuit. C'est pourquoi les tribunaux n'annulent pas indifféremment toutes les donations entre concubins. Ils se livrent à une analyse subtile de la cause de la libéralité. D'après les arrêts, cette cause n'est illicite que si les donations constituent « le salaire du vice », que si elles sont faites pour obtenir l'établissement ou la continuation des relations. Si au contraire, elles sont dictées par une « simple pensée d'affection ou de prévoyance », elles sont valables¹. On comprend que la jurisprudence se montre exigeante pour aller à l'encontre des intentions d'un donateur, pour anéantir un acte qu'il a voulu accomplir.

Aussi s'explique-t-on qu'elle exige une preuve intrin-

1. Cass. civ., 11 mars 1918, Dalloz, 1918-1-100 ; Cass. req., 8 juin 1926, Dalloz, 1927-1-113 note Savatier ; Paris, 23 juillet 1914, Dalloz, 1918-2-51 ; Paris, 8 juillet 1926, Dalloz Hebdomadaire, 1926-488 ; Trib. civ., Seine, 11 mars 1927, Dalloz Hebdomadaire, 1927-262 ; Paris, 2 janvier 1934, *Semaine juridique*, 1934, p. 684. V. aussi au cas où un enfant est né : Montpellier, 23 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 1925-2-49 et Nîmes, 25 juin 1934, Dalloz Hebdomadaire, 1934-502 ; Demogue, *Obligations*, II, 1923, p. 730 ; Capitant, *De la cause*, p. 471 ; Mazeaud, *La preuve intrinsèque*, Thèse, Lyon, 1931, p. 78 et suiv.

sèque du motif illicite de la libéralité et qu'elle distingue parmi les raisons qui ont conduit le donateur. Mais la critique est ici bien facile. « A part les sommes versées à la concubine en réparation du préjudice qu'il lui a causé, — et alors il n'y a plus de libéralité — toutes les donations qui lui sont faites par son concubin sont nécessairement le prix du concubinage¹. Distinguer la communauté de lit, illicite, de la communauté de vie, licite, est impossible²: s'il y a communauté de vie, si une affection désintéressée a pu s'établir entre les concubins, c'est qu'il y a ou qu'il y a eu communauté de lit. Tous les sentiments qui unissent les concubins sont donc viciés dans leur source. Toutes les libéralités faites à la concubine, tous les secours qui lui sont versés sont le prix de ses complaisances futures, présentes ou passées. Un mouvement paraît se dessiner aujourd'hui en jurisprudence³ pour se rallier à ce point de vue qu'avaient autrefois défendu certaines juridictions »⁴.

Quand ils valident une donation entre concubins, les tribunaux sanctionnent le devoir moral du concubin qui s'est traduit en obligation civile par l'acte juridique de la donation. Certaines décisions déclarent même expressément qu'il y a ainsi exécution de cette obligation de conscience.

La plupart du temps, les libéralités du concubin ont pour but de permettre à la concubine de vivre à la fin de l'union, soit après la mort de l'homme, soit après la rupture. Par la donation ou le legs, le concubin assure

1. Mazeaud, *La preuve intrinsèque*, p. 83 et suiv. et *Traité de la responsabilité civile*, 2^e édit., 1934, I, p. 304.

2. Dans ce sens, Voirin note Dalloz, 1930-1-49.

3. Grenoble, 25 février 1925, *Gaz. Pal.*, 1925-2-48. Cf. Cass. civ., 11 avril 1932, Dalloz, 1932-1-169 note Savatier.

4. Besançon, 19 mars 1962, Dalloz, 1862-2-58 ; Alger, 23 décembre 1895, Dalloz, 1897-2-453.

juridiquement, en vue de cette éventualité, la continuation de son devoir d'entretenir son amie. La libéralité est validée, non pas en considération du concubinat, qui n'a pas de valeur légale, mais malgré le concubinat, qui n'est pas une cause de déchéance, dès l'instant que l'homme a obéi à sa conscience en employant une forme juridique régulière. Si l'union libre produit ainsi effet, c'est d'une manière indirecte et voilée.

Dans la sphère des libéralités, la jurisprudence trace des limites à la liberté de disposer entre concubins. Elle ne valide l'acte libéral que s'il correspond vraiment à l'accomplissement d'un devoir moral, c'est-à-dire à une pensée de prévoyance ou d'affection, opposée à une pensée de simple rémunération du vice. Quelque critiquable qu'elle soit, cette distinction répond pourtant à une appréciation morale théoriquement défendable.

Au surplus il est un groupe spécial de libéralités à propos desquelles la jurisprudence condamne nettement l'union libre en éloignant la concubine, moralement et juridiquement, des honneurs et des droits réservés à l'épouse et à la famille légitime. Il s'agit des libéralités ayant pour objet l'usage d'un caveau funéraire. D'accord avec la doctrine, la jurisprudence analyse le droit de concession funéraire en un droit réel immobilier de nature particulière avec affectation spéciale à l'usage de la famille¹. Le droit de concession n'est pas grevé d'une

1. Bordeaux 23 avril 1928, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1928, p. 705, observations de M. Solus. Cass. req., 15 juillet 1928 même revue, 1928, p. 943, observations de M. Solus; Amiens, 12 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 10 octobre 1928; Trib. civ., Boulogne-sur-Mer, 28 avril 1928, *Revue trimestrielle* 1928, p. 943; Planiol, Ripert et Picard, t. III, *Les biens*, n° 139; Arbus, *Concessions dans les cimetières*, thèse, Paris, 1924; La Balle, *Nature juridique du droit du concessionnaire à la sépulture*, thèse, Paris, 1924; Trotabas, « La nature du droit résultant d'une concession funéraire d'après la loi du 3 janvier 1924 », *Revue critique*, 1927, p. 550; Savatier, « La transmission des sépultures », *Répertoire général du Notariat et de l'Enregistrement*, 1928, p. 307.

inaliénabilité absolue et d'ordre public. Les cessions à titre onéreux sont interdites, car l'idée d'un bénéfice est ici inadmissible. Mais les cessions à titre gratuit sont possibles, par voie de donation ou de legs. Toutefois ces libéralités rencontrent des limites. L'acte de concession peut porter interdiction de cession. Celle-ci peut être empêchée par les droits des autres membres de la famille, propriétaires indivis de la concession.

De plus, la cession doit être faite d'après les règles « qu'impose le respect dû aux sépultures et que déterminent les conditions insérées dans l'acte de concession ». C'est en s'appuyant sur ces considérations que la Cour de Paris, Première Chambre, le 2 janvier 1934, a annulé le legs d'une case de caveau funéraire fait par le concessionnaire, marié et père de famille, à sa concubine¹.

M. Solus, qui commente cette décision dans la *Revue trimestrielle de droit civil*², l'approuve pleinement en se fondant sur ses motifs eux-mêmes. En l'espèce, l'acte de concession ne permettait la transmission à titre gratuit « qu'au profit de parents ou alliés ». Au surplus il était contraire au respect dû aux sépultures que la concubine occupât une case voisine de celle des parents et des alliés. La concubine est exclue, non seulement parce qu'elle est étrangère à la famille, mais aussi parce qu'il serait indigne de lui réserver une place à côté du disposant lui-même et des membres de sa famille.

M. Solus rapproche avec raison la décision dont il s'agit d'un arrêt de la Cour de Limoges du 12 novembre 1930, qui a reconnu à un conjoint le droit d'être

1. Paris, 2 janvier 1934, *Gaz. Pal.*, 1934-1-506.

2. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1934, p. 440. V. aussi : *Semaine juridique*, 1934, p. 684. *Juris. Classeur civil* 1933 : dissertation de M. Lloso, p. 518.

inhumé dans la sépulture de famille de son conjoint, en dépit de l'opposition de certains membres de celle-ci ¹.

Sans doute l'affectation « à l'usage de la famille » qui caractérise le droit de concession funéraire, commande l'une et l'autre des solutions précédentes. Mais la comparaison même de celles-ci montre la distance établie entre l'épouse et la concubine.

En dehors des libéralités, nombre de questions se posent encore au sujet des rapports des concubins entre eux. Et c'est à la rupture de l'union qu'on les voit naître pour la plupart. Il n'y a pas alors de situation définie et réglée comme à la dissolution d'un mariage par le divorce. On se trouve en face d'un fait — la rupture — qui met fin au fait du concubinat. Il a bien fallu que les juges donnent une solution aux questions et aux litiges issus de ce double fait.

Diverses hypothèses se présentent dans la pratique. Le concubin a promis une rente viagère à son amie. Les amants ont mis, au cours de leur union, leurs biens en commun. Il arrive aussi que la concubine, n'étant pas bénéficiaire d'une promesse de rente et n'ayant rien à retirer d'une communauté de fait de biens, qui n'a pas été formée, réclame de son amant une indemnité pour abandon. La jurisprudence a statué dans ces trois groupes d'hypothèses.

Il est possible d'abord que les amants, leur liaison rompue, règlent en quelque sorte eux-mêmes la question d'indemnité. En consentant cette dernière, le concubin accomplit un devoir moral. Il est admis que la promesse par le concubin, après la rupture, de payer une rente viagère à la concubine pour assurer son avenir, est la

1. Sirey, 1931-2-186, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931, p. 166.

reconnaissance d'une dette naturelle¹. Dès lors le paiement effectué n'est pas sujet à répétition. Si le concubin néglige par la suite le versement de cette rente, la concubine a une action pour l'obtenir. La reconnaissance a opéré novation de l'obligation naturelle en obligation civile².

Alors, du reste, que normalement l'obligation naturelle n'a d'effet qu'au cas d'exécution volontaire, les tribunaux admettent très largement le devoir de conscience du concubin. « On ne saurait contester, dit la Cour de Lyon, le 23 octobre 1929, les obligations naturelles qui naissent parfois à raison de la longue continuité du ménage, où tous deux ont observé les devoirs d'assistance et de protection, élevé en commun leurs enfants, et pris leurs précautions comme si leur union devait durer pour la vie »³. La novation de ce devoir moral en obligation civile peut, non seulement résulter d'une promesse écrite de payer, mais aussi s'induire de toutes sortes de circonstances de fait « affection du concubin, versement de subsides dans des conditions telles qu'ils semblent ne devoir cesser qu'à sa mort, signes permettant de considérer qu'il existait entre les concubins un lien assez sérieux et consistant pour que les dispositions de l'art. 1382 du Code civil puissent recevoir leur application »⁴.

C'est encore à la considération d'un devoir moral, mélangé à d'autres considérations, que se rattachent les décisions qui ont admis l'existence entre concubins d'une société de fait. Il a fallu se demander, en effet, quelle est, à défaut de régime matrimonial, la situation

1. Rennes, 7 mars 1904, Sirey, 1907-2-241 note Hémard et Dalloz, 1905-2-305 note Planiol.

2. Nancy, 21 juin 1902, Sirey, 1903-2-34 ; Amiens, 12 mai 1903, Dalloz, 1904-2-439 ; V. Planiol, Ripert, Rouast, II, n° 339.

3. Lyon, 23 octobre 1929, Dalloz, 1929-2-169 note Voirin.

4. Douai, 23 mars 1931, Dalloz Hebdomadaire, 1932, sommaire 10.

des concubins mettant leurs biens en commun. Ne tenir aucun compte du concubinat, du fait de la communauté des biens des amants, eût été permettre à l'homme de se jouer de la femme en emportant même ce qui avait été apporté par celle-ci. Trouver pour elle un procédé juridique de protection n'était pas, sur le terrain légal, assimiler l'union libre au mariage. C'était tirer de la situation de fait une conséquence dictée par l'équité et le droit ; en ce sens seulement on peut dire qu'une efficacité était attribuée au concubinat.

L'idée la plus simple qui se présentait ici était celle d'une copropriété. La jurisprudence s'en est d'abord tenue à l'existence d'une copropriété entre les concubins¹. Puis elle a accepté la notion d'une société de fait à propos de l'exploitation d'un commerce². Allant plus loin encore dans le même esprit, la Cour d'Aix, le 28 décembre 1933, le Tribunal civil d'Etampes, le 3 mars 1933, le Tribunal civil de la Seine, Première Chambre, le 26 avril 1934, ont déclaré qu'une société de fait résulte de ces circonstances qu'une femme a vécu huit ans en union libre et apporté son mobilier personnel³. Cette société de fait donne lieu à partage.

Le concubinat ne cesse pas d'être une situation de fait. Qu'on retienne les traits d'une copropriété ou ceux d'une société de fait, qu'il s'agisse de la gestion d'une entreprise commerciale ou de biens personnels apportés

1. Paris, 13 juin 1872, Sirey, 1874-2-37. V. Hémar, *Nullité des sociétés*, 2^e édit., n° 167.

2. Orléans, 3 juillet 1908, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 181 ; Paris, 8 juin 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2^e semestre 2-353 ; Nîmes, 20 octobre 1925, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, p. 170.

3. Aix, 28 décembre 1933, *Gaz. Pal.*, 1934-2-83 ; Trib. Etampes, 3 mars 1933, *Gaz. Pal.*, 1933-1-683 ; Trib. Seine, 26 avril 1935, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1934, p. 629.

V. Savatier « Le concubinage », dans *Revue générale du Notariat*, 1927, art. 21.521, n° 7 et suiv.

par la maîtresse dans le faux ménage, la liquidation dont il est question n'a rien à voir avec les règles de liquidation des intérêts pécuniaires des gens mariés avec ou sans contrat de mariage.

Même lorsqu'ils admettent la formation d'une société de fait, le but des arrêts est toujours d'éviter que le concubin, en cas d'abandon, conserve tout l'avoir réuni en commun. Une pareille société de fait est possible entre des personnes n'ayant aucun rapport de concubinage. Les décisions dont il s'agit ne sont donc pas en Droit, nécessairement fondées sur l'union libre. Il convient de faire la même observation à propos des arrêts qui, dans la même pensée, ont fait appel à l'idée d'enrichissement sans cause et alloué à la concubine abandonnée une indemnité, rémunérant les services ménagers ou autres rendus par elle à son compagnon ¹.

« Pour statuer ainsi, écrit M. Paul Esmein ², il faut sans doute, par un effort volontaire de l'esprit, faire abstraction du concubinage, en fait cause de l'indivision et des services rendus. Mais pareille abstraction est le pain quotidien des juristes. Sciemment ils ne retiennent jamais qu'une partie des éléments de la réalité des faits, toujours infiniment complexe. Il suffit d'évoquer la jurisprudence qui allouait des dommages-intérêts à la mère d'un enfant naturel malgré la prohibition de la recherche de la paternité. Dès lors, quand les conditions d'une société de fait ou indivision, ou d'un enrichissement indû, sont réunies, l'état de concubinage ne pourrait faire obstacle à l'action de la concubine que si les rapports extra-conjugaux étaient considérés comme une cause

1. Aix, 28 décembre 1933, *Gaz. Pal.*, 1934-2-83 ; Dijon, 7 février 1928, *Dalloz*, 1928-2-169 note Voirin.

2. « L'union libre », *Dalloz Hebdomadaire*, 6 juin 1935, p. 49.

de déchéance de la faculté d'invoquer les règles du droit ... On peut se demander si notre droit n'en fait pas une telle cause de déchéance. Mais il fallait marquer d'abord que ce n'est pas proprement faire produire des effets au concubinage que d'en faire abstraction : il manquera alors les effets capitaux d'une union ».

Ces hypothèses de condamnations par suite de promesse écrite de servir une rente, et de condamnations fondées sur une société de fait ou sur l'enrichissement indû, étant ainsi mises de côté, quel accueil les tribunaux ont-ils réservé aux demandes d'indemnité introduites par des femmes ayant vécu en union libre, puis abandonnées sans motif tiré de leur conduite ? L'immense majorité des décisions exigent, pour condamner l'auteur de la rupture, que le concubinage ait été créé au moyen d'une séduction par manœuvres dolosives, abus d'autorité ou actes illicites¹.

Il importe de saisir le sens profond de cette solution. Si l'union libre avait une valeur légale, imitant le mariage, elle devrait faire naître, comme lui, des devoirs de fidélité, assistance et secours, dont la violation par abandon donnerait lieu à responsabilité civile. Or le Code civil ne connaît pas d'autre union que le mariage. Toute voie est-elle donc fermée à l'allocation d'une indemnité au cas d'abandon ? Serait-ce nécessairement recon-

1. Trib. Seine, 13 janvier 1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-411 ; Dijon, 7 février 1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-501 ; Bordeaux, 14 mai 1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-657 ; Lyon, 18 janvier 1929, *Dalloz*, 1929-2-37 ; Trib. Seine, 13 février 1930, *Gaz. Pal.*, 1931-1-182 ; Nîmes, 12 décembre 1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-454 ; Angers, 29 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-584 ; Aix, 28 décembre 1933, *Gaz. Pal.*, 1934-2-83 ; Trib. Seine, 1^{er} mars 1935, *Gaz. Pal.*, 11 mai 1935.

Contra : Marseille, 6 avril 1927, *Gaz. Pal.*, 1927-2-266 ; Poitiers, 29 octobre 1928, *Sirey*, 1929-2-1 note Marcel Garaud et *Dalloz*, 1929-2-19, note Voirin.

naître l'union libre comme un lien légal que d'attribuer à la concubine une indemnité pour abandon ? Une réponse affirmative ne s'impose pas d'une manière certaine. Car notre droit, particulièrement au point de vue de la responsabilité civile, tient compte de liens qui n'ont pas le caractère légal au sens plein du mot, qui ne découlent pas d'institutions légales¹. Ainsi le lien résultant des fiançailles n'est pas considéré comme un lien légal par la jurisprudence, qui néanmoins, sanctionne en certains cas la rupture des fiançailles par des dommages-intérêts. Une responsabilité civile peut découler de la violation d'un devoir moral. Les tribunaux peuvent sanctionner des devoirs non consacrés expressément par la loi, mais seulement par les mœurs ; ils puisent ce pouvoir dans l'art. 1382 du Code civil, qui leur permet d'apprécier quand un acte doit être regardé comme illicite, ce qu'ils ne peuvent faire qu'en se rapportant aux croyances morales de la société². Or n'est-ce pas une croyance morale de la plupart des Français que celui des concubins qui, après une longue vie commune, abandonne l'autre sans grief grave, viole un devoir moral ? Ce sentiment d'un devoir fidélité et de secours entre concubins rencontre sans doute des objections religieuses. Au nom de l'immoralité de l'union libre, on dénonce les solutions qui en font dériver des devoirs. Mais il s'agit de savoir si le concubinage entraîne déchéance de droits, si les tribunaux pour le combattre et pour écarter l'application de l'art. 1382, doivent appliquer la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. « On peut le soutenir quand un des concubins est marié avec un tiers, parce qu'alors les

1. Esmein « L'union libre », Dalloz Hebdomadaire, 6 juin 1935, p. 51.

2. Ibidem, v. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*.

rapports qui réalisent l'union libre constituent un acte légalement illicite (sauf pour celui qui ignorait l'état d'époux de l'autre et là comme partout ailleurs dans notre droit la bonne foi doit être toujours présumée chez celui des concubins qui n'est pas marié). La mise hors la loi, seulement atténuée, des enfants adultérins, implique peut-être celle des couples adultérins. Mais quand les concubins sont libres, on doit répondre non parce que le droit français ne considère pas comme illicites en eux-mêmes les rapports sexuels hors mariage »¹.

Ces considérations doivent être retenues si l'on veut comprendre et apprécier exactement la jurisprudence relative à l'indemnité pour abandon.

Il résulte de cette jurisprudence que chacun des concubins est, en principe et en l'absence de faute, libre de mettre fin au concubinage sans engager sa responsabilité. Cette solution est la négation de tout lien légal et de toute obligation légale de fidélité entre concubins.

Quand ils accordent une indemnité, les arrêts ne se fondent pas précisément sur l'existence d'un devoir moral de fidélité, dont ils sanctionneraient la violation, mais bien sur une faute caractérisée de l'auteur de la rupture. Ils n'estiment pas alors que le fait de concubinage soit par lui-même une cause de déchéance du droit de la concubine à réparation et ils ne lui font pas application de la maxime *memo auditur propriam turpitudinem allegans*. Il n'est pas permis de dire qu'une telle jurisprudence soit une reconnaissance de l'union libre comme institution. Sans doute elle aboutit à lui accorder effet, mais indirectement, et par application d'un principe général dont les concubins ne sont pas exclus.

1. Esmein, *loc. cit.*, p. 51.

3° *Rapports des concubins avec les tiers.*

Les relations avec les tiers des gens qui vivent maritalement, sans être mariés, nous introduisent directement dans notre sujet. Il apparaît immédiatement, en effet, qu'elles posent deux questions distinctes : celle de savoir si les tiers peuvent se prévaloir du concubinage contre les concubins eux-mêmes, celle de savoir si les concubins peuvent faire juridiquement état de leur situation contre les tiers.

La première question est aisément résolue par la doctrine et par la jurisprudence. Tout se passera pour le faux ménage, s'il s'agit de réclamations des tiers, comme s'il était régulier. La concubine a toutes les allures d'une épouse. Les fournisseurs la considèrent comme telle. On ne saurait les obliger à se renseigner et à consulter les registres de l'état civil au sujet de toute femme qui se présente chez eux. Ils ont vendu, ils ont le droit d'être payés. Ce qui vient d'être dit des fournisseurs s'applique également aux individus quelconques envers lesquels la concubine a contracté obligation. Ils ont cru celle-ci mariée : ils ont agi de bonne foi. Le droit ne veut pas que cette bonne foi soit trompée. Le concubin peut être recherché et poursuivi comme responsable des achats effectués par sa compagne, et, plus généralement, pour les dépenses qu'elle a faites et les engagements qu'elle a assumés. Pour expliquer ce résultat, les tribunaux ont quelquefois recouru à la notion du mandat domestique, appliquée au cas de mariage, et transposée en notre matière¹. Mais il est plus souvent fait appel à l'idée d'une responsabilité découlant de la situation apparente de

1. Trib. Paix, Nogent-sur-Marne, 28 janvier 1910, *Gaz. Pal.*, 1910-1-397.

ménage régulier¹. Les concubins vivent de telle manière que les fournisseurs sont fondés à croire qu'ils ont affaire à des gens mariés. En créant cette apparence trompeuse, le faux ménage a commis une faute génératrice, à la charge de l'amant et de sa maîtresse, d'une responsabilité solidaire ; ils deviennent, ainsi les prisonniers de leur mensonge, de l'état dont ils se sont indûment attribué la possession. « L'apparence, dit M. Josserand², confère des droits à ceux qui s'y laissent prendre et contre ceux qui l'ont constituée ; c'est un titre, créateur de droits, que d'avoir été trompé par une vaine apparence et c'est une tare, génératrice de responsabilité, que d'avoir trompé autrui en provoquant une telle illusion ».

La communauté d'habitation entraîne des effets relatifs au bail. Pour l'application de l'art. 1735 du Code civil, qui rend le preneur responsable des dégradations et des pertes survenues par le fait des personnes de sa maison, il est fait état de la maîtresse comme de l'épouse légitime³. Il n'est pas besoin d'insister ici, car il serait aussi bien fait état d'un domestique qui, lui aussi, appartient à la maison.

Mais la théorie protectrice de l'apparence ne saurait plus jouer lorsque les concubins prétendent se prévaloir de leur situation irrégulière contre les tiers. On ne peut, en trompant les autres, se créer à soi-même un droit. Cette considération puissante en droit comme en morale, interviendra, parmi beaucoup d'autres, lorsqu'une concubine réclamera réparation du dommage à elle causé

1. Trib. civ., Nice, 27 octobre 1909, Dalloz, 1912-2-216 ; Paris, 21 novembre 1923, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1924, p. 350 et 1009. V. note Savatier, Dalloz, 1922-1-201.

2. L'avènement du concubinat, Dalloz Hebdomadaire, 1932 p. 47.

3. Cass. civ., 13 décembre 1927, Dalloz, 1928-1-99 note Dallant.

par la mort accidentelle de son ami survenue par le fait d'un tiers.

Lorsque les concubins supportent les conséquences de l'irrégularité qu'ils ont créée, ils sont en quelque sorte puni par où ils ont péché ; le concubinat, loin d'être encouragé est combattu, c'est alors tout le contraire de sa reconnaissance comme institution. Mais si l'on admet que les concubins ont contre les tiers — notamment contre le tiers auteur de l'accident — une situation active et avantageuse, on favorise l'union libre ; on paraît aussi (et nous ne sommes pas plus affirmatifs afin de ne pas préjuger des solutions que nous établirons) donner à cette union, ainsi assimilée au mariage, la valeur juridique qui caractérise une institution. Il convient donc d'y regarder de près et de ne pas se prononcer sous l'influence d'idées flottantes d'équité ou de pseudo-arguments de droit. C'est à un tel travail que nous allons nous consacrer.

Plan de notre étude

Au cas d'accident mortel survenu à son concubin, la concubine pourra se prétendre lésée, soit matériellement, soit moralement.

Le préjudice matériel consistera dans la cessation des subsides qu'elle recevait de son ami. Celui-ci l'entretenait ; il est mort du fait de l'auteur de l'accident. La survivante va demander réparation à ce tiers. Si pareil malheur était arrivé à une épouse, elle obtiendrait gain de cause en montrant qu'elle se trouve privée de tous les avantages pécuniaires que lui procurait l'activité

de son mari. Mais il s'agit d'une concubine. L'indemniser, n'est-ce pas l'assimiler à la femme légitime ? Peut-on, sans risquer cette assimilation, lui donner satisfaction ?

Le préjudice moral, c'est la douleur éprouvée à la suite du décès. Le tiers auteur de l'accident en est cause aussi. Si la concubine en peut obtenir réparation dans les mêmes conditions qu'une veuve, le rapprochement du mariage et de l'union libre va se trouver plus étroit encore. La réparation du dommage moral offre donc plus de difficulté que celle du dommage matériel. La concubine fondera sa prétention sur les deux dommages, matériel et moral, ou sur l'un d'eux seulement.

Le problème n'est pas absolument le même en ce qui concerne le préjudice matériel et le préjudice moral. Sans doute il y aura des raisons communes aux deux hypothèses pour accueillir ou repousser la demande de la concubine. Mais, étant donnée la différence de nature des dommages, certaines difficultés apparaîtront sous un jour quelque peu changeant.

La division de notre étude en *deux parties*, l'une relative au *préjudice matériel*, l'autre au *préjudice moral*, est ainsi expliquée.

Nous devons ajouter que, nombre de considérations communes aux deux préjudices ayant été développées dans la première partie, la seconde partie s'en trouvera logiquement abrégée.

PREMIÈRE PARTIE

Le préjudice matériel

Le préjudice matériel est la cessation des subsides reçus par la femme entretenue. Jusqu'à la mort accidentelle de son ami, elle les percevait. Brusquement, elle en est privée. Il semble que, cette privation étant la conséquence du fait du tiers auteur de l'accident, la question de réparation soit relativement simple et appelle une réponse aussi simple. Seuls des esprits superficiels, ou uniquement guidés par un vague souci d'équité, pourraient se plaire à cette illusion. La vérité est que, des points de vue juridique, social, moral, question et réponse sont singulièrement compliquées et délicates. Déjà notre étude d'ensemble du concubinage a fait pressentir les difficultés qui vont apparaître désormais dans le détail et en pleine lumière.

Une première observation doit ici être émise quant à la distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle.

Il est hors de doute que la concubine n'aura pas d'action en responsabilité contractuelle dans le cas où le concubin, victime, était lié à l'auteur de l'accident par un contrat, tel que le contrat de transport.

La concubine, en effet, n'est pas ayant cause de son ami défunt. Elle est tiers au contrat de sécurité intervenu

entre le transporteur et la victime. Sans doute la jurisprudence a étendu en ce domaine la notion d'ayant cause par l'idée de représentation des parents au contrat et de stipulation du contractant en leur faveur. Mais il n'a jamais été prétendu que la concubine put bénéficier d'une extension semblable.

La notion de représentation au contrat a conduit la jurisprudence à regarder comme ayants cause le mari, la femme, les parents et les enfants¹. Cette solution a été critiquée par la doctrine par ce motif que l'existence d'une obligation de secours n'empêche pas ces personnes d'être tiers à l'égard d'un contrat de transport auquel elles sont restées complètement étrangères². A plus forte raison la concubine, envers laquelle le concubin n'avait pas l'obligation légale de secours, est-elle un tiers à l'égard du contrat. Jamais, de ce chef, sa réclamation ne s'est affirmée sur le terrain contractuel.

Le système de la stipulation pour autrui a, d'autre part, amené la jurisprudence à décider que le contractant a stipulé au profit de certains parents et du conjoint. Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation³ a considéré « qu'en cas d'accident mortel survenu en cours d'exécution du contrat, le droit d'obtenir réparation du préjudice s'est ouvert, en vertu de l'art. 1147, au profit du conjoint et des enfants de la victime en faveur de qui celle-ci a stipulé sans qu'il ait été besoin de le faire expressément, dans la mesure de leur intérêt ».

1. Grenoble, 15 mars 1921, Dalloz, 1922-2-25 note Rouast ; Paris, 5 février 1930, *Gaz. Pal.*, 1930-1-639.

2. V. note Rouast précitée.

3. Cass. civ., 6 décembre 1932, Dalloz Hebdomadaire, 1933-36 ; Civ., 24 mai 1933, *Gaz. Pal.*, 18 août 1933 ; Req., 19 juin 1933, *Gaz. Pal.*, 7 octobre 1933.

V. sur ces questions : Perret, *Des ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel*, thèse, Paris, 1933, p. 233 et suiv.

Un arrêt de la Chambre civile du 24 mai 1933 précise le système en déclarant que si la victime doit être présumée avoir stipulé au profit des personnes envers lesquelles elle était tenue d'un devoir d'assistance en vertu d'un lien légal, une telle présomption ne peut être étendue au cas où le demandeur ne peut alléguer, pour justifier son action, aucun droit de cette nature. Ainsi la sœur du voyageur n'est pas fondée à demander la réparation du préjudice qu'elle prétend avoir éprouvé du fait de ce décès et en raison de ce qu'il subvenait à tous ses besoins.— Cet arrêt, rendu en Chambre du Conseil ¹ a une importance capitale. Car, alors que les arrêts antérieurs voyaient une stipulation tacite au profit du « conjoint et des enfants » limitativement énumérés, cet arrêt remonte à un principe plus général : « les personnes envers qui le défunt était tenu d'un devoir d'assistance en vertu d'un lien légal ».

Appliquons ce principe en notre matière. Il est évident que le concubin n'était pas tenu envers la concubine d'un devoir d'assistance en vertu d'un lien légal. La concubine ne saurait donc, même dans la conception de la stipulation pour autrui, invoquer le contrat passé par son ami décédé. Aussi bien, répétons-le, n'a-t-elle jamais produit sa prétention sur le champ de la responsabilité contractuelle. On chercherait vainement une décision qui ait eu pour objet une action de cette nature.

C'est dans le seul domaine de la responsabilité délictuelle que la maîtresse survivante a introduit sa demande, C'est là seulement que la question de son indemnité peut se poser et souffrir difficulté.

Comment cette question a-t-elle été résolue en jurisprudence et en doctrine ? Quelle solution comporte-t-elle, juridiquement, socialement, moralement ?

1. Civ., 24 mai 1933, *Gaz. Pal.*, 18 octobre 1933.

CHAPITRE PREMIER

LA JURISPRUDENCE

Il convient d'éliminer immédiatement deux sortes de situations dans lesquelles le problème qui nous occupe est en quelque manière supprimé.

Il s'agit d'abord de l'application de l'art. 7 de la loi du 9 avril 1898, modifié par la loi du 22 mars 1902. Aux termes de ce texte : « Indépendamment de l'action résultant de la présente loi, la victime ou ses représentants conservent, contre les auteurs de l'accident, autres que le patron ou ses ouvriers et préposés, le droit de réclamer la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun ». Par représentants de la victime, dit M. Sachet ¹, il faut entendre non seulement les ayants droit de l'art. 3, mais les autres parents, et, plus généralement encore, toutes les personnes même non parentes, à qui le décès de la victime a causé un préjudice. Ainsi interprété, le texte permet à la concubine de réclamer une indemnité au tiers responsable de l'accident qui a causé la mort de son compagnon. Cette faculté a, en effet,

1. *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, 7^e édit., p. 530 ; Rouast, « Caractère alimentaire des indemnités d'accidents du travail », dans *Annales Universités de Paris*, 1930.

été reconnue à la maîtresse survivante par un jugement du Tribunal correctionnel de Marseille du 23 mai 1929¹. En cette matière des accidents du travail, la Chambre des Députés a marqué, nous l'avons noté, sa désapprobation du concubinat lorsqu'elle a repoussé un projet tendant à assimiler, dans certaines conditions, la concubine à l'épouse². Les droits conférés à la concubine par l'art. 7 de la législation des accidents du travail ne sont pas une reconnaissance légale de l'union libre ; ils répondent, comme ceux qui résultent d'autres dispositions de loi précédemment indiquées, à une idée d'assistance.

Il faut ensuite mettre à part le cas où des législations telles que les coutumes annamites, font produire des effets juridiques au concubinat. La Cour de cassation, le 2 mai 1929, a admis une concubine annamite à demander réparation du préjudice à elle causé par le décès accidentel de son concubin³. La raison en est qu'il s'agit ici de sujets ou protégés Français (et non de citoyens) auxquels la France a reconnu le maintien de leur statut personnel qui admet la polygamie.

Notre problème a pour donnée essentielle que l'union libre est dépourvue de valeur légale.

On se demande alors quel peut-être le fondement du droit à réparation de la concubine ? Elle invoque un préjudice. Mais la notion même du préjudice est mise en cause. Doit-il se définir par la lésion d'un droit ou par la lésion d'un simple intérêt ?

Si l'on considère la lésion d'un intérêt comme une condition suffisante de l'action en indemnité, encore

1. *Gaz. Pal.*, 1929-2-146.

2. Séance du 20 décembre 1927, *Journal Officiel*, 1927, Débats parlementaires, Chambre, p. 3928-3932.

3. Cass. crim., 2 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929-2-100.

faut-il que cet intérêt soit réel, certain, et non imaginaire. Comment une femme, vivant en union libre, sur laquelle pesait sans cesse la menace d'une rupture, prouverait-elle que le décès de son compagnon l'a touchée dans ses intérêts certains ? Cette difficulté n'est pas la seule. Il reste à savoir si l'intérêt, même certain et démontré, ne doit pas en outre être légitime pour que sa lésion crée un droit à réparation. D'où l'objection d'illicéité et d'immoralité qui peut être opposée à la maîtresse survivante.

La diversité et la contrariété des décisions jurisprudentielles étaient fatales.

Devant une question aussi délicate et complexe, quelle fut l'attitude du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, des Cours d'appel et Tribunaux.

Section I

Le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat applique de la façon la plus stricte cette idée que seule la lésion d'un droit donne ouverture à une action en réparation. Le droit est lui-même conçu de la manière la plus restreinte.

La jurisprudence administrative, exigeant même des parents un lien d'obligation alimentaire, ne peut logiquement que refuser toute réparation à la concubine. Le principe a été posé très clairement dans un arrêt du Conseil d'Etat du 11 mai 1928 qui, sans s'arrêter à cette considération que les concubins avaient, dans l'espèce, des enfants communs et que le concubinage durait depuis longtemps, a rejeté l'action de la concubine à la suite du

décès de son concubin, écrasé par une automobile.

« Considérant, dit cet arrêt, que, pour obtenir la réparation d'un préjudice, il ne suffit pas d'un intérêt, mais qu'il faut pouvoir justifier d'un droit lésé ; Considérant que la demoiselle R., qui n'est pas apte à réclamer le secours alimentaire prévu pour la femme mariée par les art. 212 et 214 du Code civil ne justifie d'aucun lien de droit avec la victime, pouvant lui donner qualité pour mettre en cause la responsabilité de l'Etat à raison de l'accident sus-relaté... »¹.

Ainsi, ce qui fonde la réparation d'un préjudice, ce n'est pas la lésion d'un intérêt mais celle d'un droit.

Ce droit a pour objet nécessaire la créance de secours et assistance à laquelle correspond l'obligation alimentaire ; or cette obligation réciproque n'existe qu'entre parents et alliés limitativement énumérés ; elle laisse de côté les collatéraux et ne s'étend pas au-delà du premier degré dans la famille naturelle et entre alliés. De là l'étroite limitation de la liste des parents ayants droit à réparation et l'exclusion de la concubine de cette liste.

Le seul lien de droit pris en considération étant celui qui dérive de l'obligation alimentaire, le Conseil d'Etat a encore décidé, le 12 décembre 1930, que la tante d'un aliéné interné dans un asile public est sans qualité pour réclamer au département une indemnité à raison du suicide de son neveu².

Dans cette conception, la voie est absolument barrée à toute réclamation de la concubine.

1. Conseil d'Etat, 11 mai 1928, Sirey, 1928-3-97 note Hauriou. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Andrieux.

2. Conseil d'Etat, 12 décembre 1930, *Gaz. Pal.*, 1931-1-144, Dalloz, 1930-3-71.

Section II

La jurisprudence civile

Pour la Cour de cassation la lésion d'un intérêt suffit à fonder une action en indemnité .

Le principe a été affirmé pour la première fois dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 20 février 1863¹ aux termes duquel « l'art. 1382, en ordonnant en termes généraux la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, ne limite en rien ni la nature du fait dommageable ni la nature du dommage éprouvé, ni la nature du lien qui doit unir au cas de décès la victime du fait avec celui de ses ayants droit qui en demande réparation ». Cette règle, proclamée à diverses autres reprises par la Chambre criminelle², l'a conduite à rechercher si, abstraction faite de la question de la légitimité de l'intérêt dont se prévaut la concubine, le dommage invoqué par celle-ci dans chaque affaire est ou non certain

Or la certitude ou l'incertitude du dommage éprouvé par la concubine dépend du caractère du lien qui s'était créé entre elle et son compagnon décédé. La Cour de cassation se trouve ainsi amenée à distinguer selon que l'union consistait en simples relations passagères, ou, au contraire, en un véritable concubinat, caractérisé par des relations stables « singeant » le mariage, situation que d'aucuns avaient tenté d'appeler « respectable » et dont ils souligneraient volontiers la « dignité »³.

1. Cass. crim., 20 février 1863, Sirey, 1863-1-321, Dalloz, 64-1-99.

2. Cass. crim., 15 décembre 1923, *Gaz. Pal.*, 1924-1-246. Dalloz, 1924-1-69 et les arrêts cités dans la suite du texte.

3. Cass. crim., 26 novembre 1926, Dalloz, 1927-1-73 note Lalou.

Au cas de concubinat véritable, on peut estimer que la situation, brisée par l'accident, aurait, sans lui, continué. La concubine invoque alors un préjudice certain. Elle a droit à réparation. La Chambre criminelle admit l'indemnisation de la compagne, par arrêt du 26 novembre 1926, dans une espèce où il s'agissait d'une vie commune de 28 années « d'une parfaite dignité » et où les concubins avaient élevé un enfant né de leurs relations ¹. Un arrêt de la même Chambre du 28 février 1930 accorde aussi des dommages-intérêts à la concubine qui avait reçu de son ami décédé des subsides pendant plusieurs années ² et qui aurait, suivant toute vraisemblance, continué à en recevoir, si l'accident ne s'était pas produit.

Dans l'hypothèse de relations simplement passagères, au contraire, il est très douteux que le concubin, s'il avait vécu, eût persisté à entretenir sa compagne. L'action de cette dernière, fondée sur un dommage hypothétique, doit être rejetée. Telle fut la solution de l'arrêt du 9 novembre 1928 ³ et celle, implicitement adoptée, de l'arrêt précité du 28 février 1930.

Par un arrêt plus récent encore, la Chambre criminelle a maintenu sa jurisprudence dans une espèce où, s'agissant d'un Oriental qui subvenait aux besoins de deux maîtresses, l'instabilité de leurs relations avec leur amant se doublait de l'immoralité d'une semblable existence.

Le commandant C., avait été poursuivi pour homicide par imprudence sur la personne du sieur B.

1. Cass. crim., 26 novembre 1926, Dalloz, 1927-1-73 note Lalou.

2. Cass. crim., 28 février 1930, Sirey, 1931-1-145 note Marty et Dalloz, 1930-1-49 note Voirin.

3. Cass. crim., 9 novembre 1928, Sirey, 1930-1-37, Dalloz, 1929-1-23.

Or B., depuis 1905 jusqu'au 21 juin 1931, date de son décès, demeurait à Paris avec la demoiselle T.

D'autre part, B., habitait à Ris-Orangis, depuis 1921, avec la demoiselle Louise Le C., et une enfant, alors âgée de 9 ans, que B., avait reconnue, était née de leurs relations.

Ces deux demoiselles formèrent une action en réparation du préjudice que leur avait causé la mort accidentelle de leur amant. La Cour de Paris, douzième Chambre, fit droit à la prétention de l'une et de l'autre par arrêt du 18 novembre 1932. Elle condamna le commandant C., auteur de l'accident, à payer à la demoiselle T., une somme de 45.000 fr. par ce motif que sa cohabitation à Paris, avec B., de 1905 à 1931, avait les apparences d'une union légitime. Elle condamna en outre le commandant C., à payer à la demoiselle Le C., une somme de 30.000 fr. par ce motif que de sa cohabitation avec B., depuis 1921 était issue une enfant reconnue par ce dernier¹.

Le commandant C., se pourvut en cassation. La Chambre criminelle, par arrêt du 27 avril 1934, statua comme il suit :

« Attendu que, si l'art. 1382 du Code civil, en ordonnant en termes absolus la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un préjudice, ne formule aucune distinction en ce qui concerne la nature du fait dommageable, la nature du dommage éprouvé, et, en cas de décès de la victime, la nature du lien d'où résulterait un préjudice actuel et direct pour celui qui demande la réparation du tort qui lui a été causé par un délit, du moins ce lien ne peut-il donner ouverture à réparation que s'il offre des garanties de stabilité

1. Paris, 18 novembre 1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-59, Sirey, 1933-2-25.

et de durée ; — Attendu qu'après avoir déclaré responsable le commandant C., à concurrence des $\frac{3}{4}$ des conséquences de l'accident qui a causé la mort de B., l'arrêt attaqué a alloué une somme de 45.000 fr. à Louise T., et de 30.000 fr. à Louise Le C. ; — Attendu que les constatations (de l'arrêt attaqué) sont contradictoires ; que l'arrêt affirme que, de 1921 à 1931, B., vivait à la fois avec Louise Le C., et Louise T., dans deux domiciles situés dans deux localités différentes ; qu'elles établissent seulement le caractère immoral, la précarité et l'instabilité des liens qui unissaient B., à ces deux personnes ; que de telles liaisons n'ont *pu créer un droit* au profit de chacune de celles qui en faisaient simultanément l'objet ; d'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, par des motifs d'ailleurs contradictoires, l'arrêt attaqué n'a pas légalement justifié sa décision »¹. L'arrêt de la Cour de Paris est en conséquence cassé de ce chef et sur ce point.

La Chambre criminelle constatant l'instabilité, la précarité et l'immoralité qui affectaient la situation invoquée par les deux concubines en déduit que celles-ci ne justifiaient pas et ne pouvaient pas justifier de l'existence d'un préjudice donnant lieu à réparation dans les termes de l'art. 1382 du Code civil. Depuis cet arrêt, la Cour de Paris renonçant à sa première jurisprudence a consacré les vrais et sages principes. Par arrêt du 29 mai 1934², elle a refusé, en effet toute action en dommages et intérêts à une concubine aussi bien du chef du préjudice matériel que du chef du préjudice moral. En effet, dit la Cour de Paris, la concubine n'éta-

1. Cassation Chambre criminelle, 27 avril 1934, *Gaz. Pal.*, 1934-1-927.

2. Paris, 29 mai 1934, *Gaz. Pal.*, 1934-2-307.

blit pas qu'elle éprouve, du fait du décès, un préjudice matériel certain. Bien que le défunt subvint habituellement à ses besoins, puisqu'elle n'avait aucun droit acquis à ces subsides qui pouvaient cesser à tout instant ; d'autre part, elle ne justifie pas d'un préjudice moral, l'affection blessée ayant, en l'espèce, sa source dans l'union libre, situation de fait essentiellement précaire et contraire aux règles fondamentales de l'organisation de la famille issue du mariage. Voici d'ailleurs les considérants sur lesquels la Cour avait basé son arrêt

« ... Considérant que la dite action ne peut avoir
« d'autre fondement que la réparation du préjudice
« matériel et moral qui serait résulté pour l'appelante
« de la disparition du sieur C. ;

« Considérant en ce qui concerne le préjudice matériel,
« que même si elle avait pu justifier que son concubin
« subvenait à ses besoins en lui remettant habituellement
« soit la totalité, soit une partie seulement de ses
« salaires, un tel versement purement bénévole n'eut
« constitué pour la demoiselle F., qu'une simple expectative et ne lui eut laissé que la fragile espérance d'une
« libéralité susceptible dès lors de cesser à tout instant,
« mais non point un droit acquis au renouvellement
« de ces subsides ; que le dommage qu'elle invoque de
« ce chef étant nécessairement hypothétique est impuis-
« sant à lui conférer une vocation quelconque à une
« indemnité ;

« Considérant d'autre part, que si l'art. 1382 du Code
« civil par la généralité de ses termes, vise aussi bien le
« préjudice moral que le préjudice matériel, du moins
« faut-il que l'action en dommages et intérêts procède
« d'un intérêt d'affection né du lien de parenté ou d'al-

« liance qui unissait la victime du fait dommageable
« au demandeur en réparation ; que la demoiselle F.,
« ne justifie d'aucun intérêt moral légitime, l'affection
« blessée constitutive de la douleur qu'elle invoque
« prenant sa source dans une union libre, situation du
« fait essentiellement précaire, contraire aux règles
« fondamentales de l'organisation de la famille issue du
« mariage ;

« Considérant en conséquence que ce chef d'indemnité
doit être rejeté... ».

C'est bien la solution vers laquelle tend la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'arrêt précité.

Nous constatons donc dans cet arrêt un revirement très net de la jurisprudence et ce revirement semble bien dû au coup de frein énergique donné par la Cour suprême dans son arrêt du 27 avril 1934, à la poussée trop libérale des Cours et Tribunaux.

Cette jurisprudence de la Cour suprême finira-t-elle par s'imposer un jour après avoir triomphé de quelques points de résistance sporadiques, ce revirement ira-t-il en s'accroissant encore dans un sens plus restrictif de l'interprétation de l'art. 1382 du Code civil, nous ne sommes pas à même actuellement de répondre à cette question.

La jurisprudence de la Cour de cassation tient donc dans les propositions suivantes : il n'y a pas à se préoccuper de l'existence ou de l'absence d'un droit au profit de la concubine, de la légitimité de l'intérêt invoqué par elle ; la seule question est celle de savoir si le préjudice dont elle se prévaut est certain ou incertain ; or cette question elle-même revient à se demander si l'union offrait des garanties suffisantes de stabilité et de durée.

C'est là un point de fait qu'il appartient aux tribunaux et aux Cours d'appel de résoudre. Comment, dès lors, concilier cette faculté d'appréciation des juges du fait avec le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation ?

Ce contrôle se comprendrait facilement si la lésion d'un droit était une condition nécessaire du droit à indemnité. Partisan de cette théorie, qui est aussi celle du Conseil d'Etat, M. Hauriou¹ dit en excellents termes : « Les actions en justice ne sont que des droits en action ; même pour des actions en dommages-intérêts, les juges ne sont pas des arbitres statuant en fait, mais doivent prononcer en droit ; le rôle des tribunaux n'est que de faire respecter les droits que la loi positive a établie ; les autres situations extra-juridiques leur échappent et ressortent à ces hautes vertus sublimes et nécessaires qu'une société doit favoriser, mais qu'elle ne saurait transformer en obligations juridiquement sanctionnées ».

Si les juges prononçaient en droit, s'ils avaient à affirmer ou à nier l'existence d'un droit établi par la loi positive, le contrôle de la Cour suprême s'exercerait très simplement. Mais ils ont seulement à dire, si, en fait, l'union libre était stable et durable, si, en conséquence, le préjudice invoqué par la concubine était certain. Les juges sont ainsi des arbitres statuant en fait. La Cour de cassation ne pourrait elle-même, puisqu'il n'y a pas de point de droit, que statuer en fait : elle serait, ce qu'elle ne doit pas et ne veut pas être, un super-arbitre. Tout son contrôle se bornera donc à rechercher si les constatations d'un arrêt attaqué justifient son dispositif. Les juges ont-ils déclaré stable une

1. Note Sirey, 1928-3-97.

union que les circonstances mêmes par eux relevées montrent tout à fait précaire ? Cette contradiction motivera la cassation. C'est ce qui s'est produit dans l'espèce soumise à la Chambre criminelle le 27 avril 1934.

Dans la théorie intransigeante du Conseil d'Etat, au contraire, le contrôle s'exerce vraiment et pleinement. Il y a, en effet, le point de droit de savoir si le demandeur en indemnité peut se prévaloir d'un lien légal d'obligation alimentaire.

Dans la manière de voir de la Cour de cassation, du reste, le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fait peut aboutir à ce singulier résultat que la Cour de cassation elle-même soit amenée à rendre dans la même affaire des arrêts en sens contraire. C'est ce qui s'est passé à propos de l'espèce tranchée par la Chambre criminelle dans les arrêts précités du 26 novembre 1926 et 9 novembre 1928. La Cour d'Angers, tout en constatant en fait que la concubine avait subi un préjudice à raison de la longue vie commune avec le défunt avait rejeté son action. Sur pourvoi, la Chambre criminelle décida que « constatant que des faits de la cause il résulte un préjudice, les juges du fait n'ont pas à rejeter *a priori* la demande en indemnité et doivent examiner si, d'après les circonstances, le lien invoqué ne suffit pas ». Sur renvoi, la Cour de Rennes remarqua que « le concubinage était essentiellement précaire et instable, la situation est de nature à prendre fin à la seule volonté d'un des concubins, et que cette situation de fait ne peut constituer un droit actuel servant de base à une demande en dommages-intérêts ». La Chambre criminelle, de nouveau saisie, ne put que s'incliner et rejeta le nouveau pourvoi. Ainsi, dans cette affaire, où les

concubins avaient 28 années de vie commune, la Cour de cassation dut prononcer deux décisions en sens opposé.

Les juges du fait étant souverains, il leur suffit, pour trancher la question dans un sens ou dans l'autre, de relever le caractère stable ou instable de l'union ; la stabilité sera appréciée d'après le temps que les concubins ont déjà passé ensemble, d'après leur manière habituelle de se comporter, d'après le sérieux et la dignité plus ou moins grands de l'existence commune. Il apparaît alors que les tribunaux, suivant leurs tendances d'esprit, selon qu'ils seront plus ou moins disposés à défendre l'institution du mariage, n'apprécieront pas les circonstances de l'affaire de manière identique.

On se trouve dès lors en présence de deux catégories de décisions :

Les unes, allant au-delà de la règle posée par la Cour de cassation, sont en principe défavorables à la réclamation de la concubine qu'elles repoussent en considération de l'illégitimité et de l'immoralité essentielle de l'union libre.

Les autres, les plus nombreuses, cherchent à appliquer la théorie de la Cour de cassation, et elles le font parfois avec un libéralisme vraiment excessif.

A. *Décisions défavorables à la concubine*

Certaines décisions sont nettement hostiles à l'admission de tout droit au profit de la concubine¹. Elles rejettent

1. Seine, 25 février 1931, sous-note *b* sous Rennes, 8 juillet 1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-823 ; Paris, 18 mars 1932, trois arrêts, *Gaz. Pal.*, 1932-2-18 et Dalloz, 1932-2-88, note Voirin ; Trib. civ., Cusset, 27 avril 1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-147 ; Trib. correc. Orange, 3 novembre 1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-62 sous-note.

tent toujours, et en principe, l'action de celle-ci, alors même que l'existence d'un préjudice certain serait établie par la stabilité de l'union, en considération de l'immoralité des subsides versés et du défaut d'intérêt légitime. Peu importe la longue continuité de vie des amants ! La nature même du lien existant entre eux s'oppose à la recevabilité d'une action en indemnité. Sur aucun terrain une action ne saurait être admise lorsque sa cause est illicite ou immorale. La concubine n'a aucun droit dans le présent et dans l'avenir. La perte de l'espérance d'un bienfait ne ressemble pas pour elle au préjudice dont il pourrait être demandé réparation dans les termes de l'art. 1382 du Code civil. Les décisions se rattachent logiquement à la conception d'après laquelle la lésion d'un droit est une condition indispensable de l'action en indemnité. Elles s'expliquent aussi dans la théorie qui considère la lésion d'un simple intérêt comme une condition suffisante de cette action. Quel que soit le parti qu'on prenne sur le fondement du droit à indemnité, la concubine n'a, dans l'esprit de ces décisions, rien à réclamer, parce que l'immoralité de sa situation s'oppose à la reconnaissance soit d'un droit, soit même d'un intérêt légitime.

Il est de principe, en effet ¹, et c'est une règle de droit positif énumérée en l'art. 1131 du Code civil, qu'une obligation n'a aucune existence et ne peut avoir aucun effet légal, lorsqu'elle se forme sur une cause illicite et l'art. 1133 précise que la cause est illicite notamment « quand elle est contraire aux bonnes mœurs ». Or l'état de concubinage est indubitablement contraire aux bonnes

1. Voir Sirey, 31-1-145 note Gabriel Martin ; Sirey, 33-2-25, note Tortat.

mœurs. La jurisprudence est unanime et très ferme sur ce point, quand elle tient pour inexistante une convention tendant à établir, à maintenir, ou à proroger un concubinage¹.

La loi et les tribunaux ignorent, en leur déniaut tout effet légal, les contrats passés, pour l'objet de leur infâme industrie, par les tenanciers de maisons de débauche, et ces derniers ne seraient certainement pas recevables à se plaindre, par hypothèse, d'un dommage résultant pour eux d'actes de concurrence déloyale ou du préjudice que leur causerait l'homicide d'une partie de leur personnel. C'est que l'immoralité de la cause, ne vicie pas seulement les conventions proprement dites, « elle ôte tout effet légal aux obligations en général, elle est donc à considérer même à l'égard des « jugements qui se forment sans convention » suivant l'intitulé du titre IV du Code civil où se trouve justement placé l'art. 1382. L'obligation définie par cet article va résulter d'un fait imputable à faute et générateur de dommage, à la condition seulement que le préjudice puisse être légalement envisagé : elle ne se formera pas valablement à défaut l'un de ses éléments essentiels, si ce préjudice repose sur une cause honteuse, une situation contraire aux bonnes mœurs, s'il est donc légalement inexistant. « Fondée sur la combinaison nécessaire des art. 1131, 1133 et 1382 du Code civil, cette nullité de l'obligation du défendeur à l'action en responsabilité, nullité de *non esse*, nullité absolue et d'ordre public, ne sera couverte par aucune confirmation ne

1. V. Cass. req., 23 juin 1887, Sirey, 1887-1-361, comp. Cass. req., 8 juin 1926 (motifs) S., 1931-2-45.

2. *Code civil annoté* par Fuzier-Hermann et Savas sur l'art. 1633, n° 39 et suiv.

pourra être invoqué en tout état de cause, même pour la première fois en cassation et devra être opposé d'office par les tribunaux, invoquée au besoin par le Ministère public.

Sans être abandonné, ce point de vue s'atténue dans certains arrêts en raison de circonstances rendant pitoyable la condition de la concubine.

Ainsi, tout en reconnaissant que la concubine ne saurait se fonder sur le concubinage pour réclamer une indemnité à l'auteur de l'accident mortel pour son compagnon, quelques décisions lui ont permis, lorsqu'un enfant est né du concubinage, d'agir en qualité de mère. Ce qui a été alors accordé à la concubine survivante, c'est la réparation du préjudice résultant pour elle de l'obligation où elle se trouve de subvenir aux besoins de l'enfant. Ainsi a jugé la Cour d'Aix le 30 novembre 1932¹. De son arrêt il faut rapprocher celui de la Cour de Nîmes du 12 mai 1933 qui a admis à la fois l'action formée par la concubine en son nom personnel et l'action formée par celle-ci au nom de l'enfant dont la filiation n'était pas légalement établie². Nous verrons plus loin ce qu'il y a lieu de penser de la distinction admise par ces décisions.

B. *Décisions favorables à la concubine*

La plupart des arrêts recherchent, conformément au principe posé par la Cour de cassation, si l'union était stable ou instable, si elle avait ou non dans l'avenir des chances sérieuses de durée, si, en conséquence, le préjudice invoqué par la concubine est certain ou purement

1. Aix, 30 novembre 1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-200.

2. Nîmes, 12 mai 1933 sous Caen, 12 juillet 1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-765.

hypothétique¹. Mais il est clair que, dans l'application même de la théorie de la Cour de cassation, les juges sont dirigés par leur mentalité personnelle et donnent à leurs décisions des vêtements juridiques quelque peu différents.

Même en demeurant dans le cadre tracé par la Cour suprême, ils ne peuvent parfois pas échapper aux préoccupations morales. Ils cherchent alors à concilier celles-ci avec la solution que leur semble réclamer la situation de la concubine. Cette dernière voit sa prétention accueillie, non pas parce que concubine, mais bien que concubine. Pénétrons cette casuistique assez ingénieuse.

En matière de libéralités entre concubins, la jurisprudence s'explique, nous l'avons vu, par une distinction entre la cause illicite constituée par la communauté de lit et la cause licite tenant à la communauté de vie. Adoptant ici une distinction analogue², certains arrêts séparent l'état de concubinage, c'est-à-dire la nature des relations de la concubine avec le défunt, et le fait de l'association d'intérêts. « On ne saurait *a priori* déclarer irrecevable l'action d'une concubine contre un tiers quand elle ne repose pas uniquement sur l'état de concubinage ; il y a dans cet état suffisamment prolongé deux éléments bien distincts : une communauté de lit

1. Ont été favorables à la concubine : Paris, 5 juin 1923, Dalloz, 1924-2-33 note Lalou ; Montpellier, 24 juillet 1924, Dalloz, 1924-2-145 ; Lyon, 23 juin 1927, *Mon. jud.*, Lyon, 14 février 1928 ; Paris, 12 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-349 ; Aix, 27 octobre 1928, *Gaz. Pal.*, 1929-1-7 ; Lyon, 23 octobre 1929-1-169 note Voirin ; Lyon, 31 mars 1930, Dalloz, 1930-2-64 ; Douai, 23 mars 1931, *Recueil Douai*, 32-144 ; Rennes, 8 juillet 1931, Sirey, 1932-2-18 ; Paris, 9 novembre 1932, *Gaz. Pal.*, 33-1-62 ; Paris, 18 novembre 1932, *Gaz. Pal.*, 33-1-62 ; Nîmes, 12 mai 1933, *Gaz. Pal.*, 33-2-765 ; Aix, 30 novembre 1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-200 ; S., 33-2-25 et note Torlat.

2. Lyon, 31 mars 1930, Dalloz, 1930-2-64.

Ce raisonnement se rencontre aussi dans l'arrêt précité de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 28 février 1930.

qui n'entraîne aucun droit et une communauté d'existence comportant, outre une affection réciproque, une association d'intérêts matériels. Il est permis à deux êtres humains, abstraction faite de leur sexe, de réunir leur existence sous le même toit, et, si cette association de fait vient à se rompre par la mort accidentelle de l'un des communistes, le droit à dommages-intérêts accordé à l'associé de fait ne peut être refusé à une femme sous prétexte de concubinage, si l'action n'est pas basée uniquement sur la communauté de lit, mais surtout sur l'association de vie et l'affection réciproque ; dès lors il y a lieu à réparation pour le préjudice ... ».

La majorité des décisions, d'ailleurs, ne prennent pas un tel détour. Elles accordent franchement une indemnité parce que concubine, c'est-à-dire en raison des conséquences appréciées au regard de l'art. 1382, de la situation de fait du concubinage (dans son ensemble indivisible) et de l'accident. Mais, lorsqu'il s'agit d'apprécier les chances de durée de l'union, des divergences sont inévitables. Aussi voit-on des situations semblables recevoir des solutions différentes. Rappelons ici, par exemple, dans l'espèce tranchée en deux sens opposés par la Cour de cassation les 26 novembre 1926 et 9 novembre 1928, les appréciations radicalement inverses de la Cour d'Angers et de la Cour de Rennes. Un concubinage de 28 ans a été estimé stable à Angers et instable à Rennes. Ici, pourtant, le passé semblait bien garantir l'avenir. Certains magistrats l'ont pensé, mais d'autres ont sans doute estimé qu'une union libre, pouvant être brisée du soir au matin, n'est jamais stable.

La longue durée de la vie maritale n'est d'ailleurs pas seule considérée. Il est possible de se référer à d'autres

caractères du ménage légitime. Des arrêts se sont fondés sur la naissance d'un enfant que les concubins ont entretenu ou même reconnu pour dire que la concubine a subi un préjudice direct résultant de la mort accidentelle du concubin¹. Au contraire, bien que le concubinage soit stable, si l'amant avait un domicile particulier et ne faisait que prendre ses repas chez sa maîtresse qu'il en indemnisait, la demande de la concubine est rejetée parce qu'il n'apparaît pas qu'il subvenait ainsi à ses besoins et qu'elle ait subi un préjudice direct². Cette situation mérite plutôt le nom de concubinage simple que celui de concubinat.

Il faut enfin mentionner quelques décisions qui dépassent manifestement la pensée de la Cour de cassation et aboutissent à des solutions contraires au bon sens et à la morale.

La Cour de cassation déclare que l'art. 1382 ne limite pas la nature du lien qui doit unir, au cas de décès, la victime de l'accident avec le demandeur en réparation. Elle en déduit que le lien de concubinage n'est pas de nature à exclure la concubine du droit à indemnité, quand elle a éprouvé un dommage certain. Son intérêt n'est pas regardé comme illégitime en lui-même. Mais la Cour suprême n'a pas affirmé qu'il faille faire totale abstraction des idées morales en la matière. D'une part il convient, d'après sa jurisprudence elle-même, d'en tenir compte pour savoir si une union libre est stable, et, par suite, si la concubine peut se prévaloir d'un intérêt certain.

1. Paris, 5 juin 1923, Dalloz, 1924-2-34 ; Paris, 9 novembre 1932, *Rev. Ass.*, 1933, p. 170.

2. Paris, 12 juin 1928, Sirey, 1928-2-125.

Qu'on se reporte, à cet égard, dans une espèce antérieurement décrite, à l'arrêt de la Cour de Paris, douzième Chambre, du 18 novembre 1932, qui fut cassé le 27 avril 1934. La victime de l'accident mortel avait deux concubines à la fois. Il fut jugé à Paris que l'une et l'autre devaient recevoir une indemnité¹. La Cour suprême souligne « le caractère immoral, la précarité et l'instabilité des liens qui unissaient la victime à ces deux personnes »².

De plus, c'est une question, non encore soumise à la Cour de cassation, que celle de savoir si, dans certaines conditions, le concubinage ne doit pas être regardé comme illicite en lui-même en raison de son immoralité foncière. Du point de vue strictement moral, des discriminations sont possibles et nous y insistons au cours de ce travail. S'il est bien téméraire à une conscience morale de juger une autre conscience morale, il y a des faits extérieurs révélateurs de situations évidemment immorales.

S'il est un cas où le caractère illicite du concubinage apparaît évident, c'est bien celui où l'un des concubins était marié et vivait par conséquent en état d'adultère. La femme, qui se prévaut du préjudice causé par la mort de son concubin marié, fonde son action en même temps sur l'adultère de ce concubin et sur le fait du concubinage. Ce sont deux éléments inséparables de la même situation.

Les tribunaux allaient-ils accorder des dommages-intérêts à la concubine même au cas de concubinage adultérin ? La Cour de Rennes, le 26 mai 1926, s'y est

1. Paris, 18 novembre 1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-60, *Rev. Ass.*, 1933, p. 69.

2. Cass. crim., 27 avril 1934, *Gaz. Pal.*, 1934-1-927.

refusée¹. Mais le Tribunal correctionnel de Marseille, le 23 mai 1929, et la Cour de Douai, le 23 mars 1931, n'ont pas reculé devant une solution aussi extrême². « C'est en vain, dit simplement l'arrêt de Douai, qu'on prétendrait que, par suite d'un mariage non dissous du concubin, la situation de fait serait délictuelle et contraire à l'ordre public, comme constituant un état d'adultère ». Considérant à la vérité bien léger et qui ne saurait justifier le moins du monde la décision ni sur terrain moral, ni sur celui du droit.

Un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 12 février 1931 a même cru pouvoir, à la suite du décès accidentel d'un individu, rejeter l'action de l'épouse et accueillir celle de la concubine. Le motif était pris de ce que la veuve « vivait séparée de son mari depuis longtemps et s'étant créé une nouvelle existence ne justifiait d'aucun préjudice » alors que la concubine « recevait des subsides de son concubin et vivait maritalement avec lui depuis dix ans »³. Ce jugement fut infirmé par la Cour de Paris le 18 mars 1932⁴. Rien n'était, en effet, plus scandaleux et plus propre à discréditer le mariage, que ce renversement des situations normales de la veuve et de la concubine. La décision infirmée considérait le préjudice matériel d'une manière exclusive et brutale, l'isolait absolument de tout autre élément d'appréciation, faisait table rase de tout souci de moralité et de régularité.

1. Rennes, 26 mai 1926, Dalloz Hebdomadaire, 1926-412.

2. Trib. corr., Marseille, 23 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929-2-146; Douai, 23 mars 1931, Dalloz Hebdomadaire, 1932 sommaire 10.

3. Trib. corr., Seine, 12 février 1931, Dalloz, 1931-2-57 note Voirin.

4. Paris, 18 mars 1932, Dalloz, 1932-2-88.

CHAPITRE II

CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE LA DOCTRINE

La solution, admise par la Cour de cassation et la majorité des Cours d'appel, d'après laquelle la concubine peut, en notre hypothèse, obtenir réparation du préjudice matériel, se heurte à trois objections :

L'une est tirée de l'immoralité de la situation des concubins.

L'autre se rattache à cette idée que la reconnaissance de l'efficacité du concubinat confère à celui-ci la valeur d'une institution matrimoniale de seconde zone.

Ces deux premières objections sont une application particulière à notre matière des arguments généraux dirigés contre l'union libre.

Mais la troisième, puisée dans la recherche du fondement juridique du droit à indemnité d'une personne, au cas d'accident mortel survenu à une autre par le fait d'un tiers est strictement spéciale à notre problème.

Section I

Critique fondée sur l'immoralité de l'union libre

La doctrine, presque unanimement, réproouve le concubinat comme une situation immorale, non reconnue par la loi, et refuse toute indemnité à la concubine même au cas où elle peut justifier de l'existence d'un lien durable et stable avec l'homme qui l'entretient¹.

Certains auteurs mélangent, pour conclure au rejet de la demande de la concubine, les arguments juridiques aux arguments de moralité. Mais d'autres s'attachent principalement, sinon exclusivement, à ces derniers.

Ce qui ressort surtout de leurs exposés, c'est que la concubine, quand elle demande réparation, se prévaut d'une situation illicite et immorale, non réprimée par la loi pénale dans tous les cas, mais toujours contraire aux règles de la loi civile sur l'organisation de la famille. L'intérêt invoqué par la concubine n'est ni légitime ni respectable. Il ne saurait être protégé par la loi. Aucune action en justice ne peut être exercée si elle n'est pas fondée sur une cause légitime. Or la situation de la concubine, même lésée, est essentiellement immorale.

M. Paul Esmein explique le caractère d'immoralité

1. V. notes au Sirey : J.A. Roux, 1927-1-273 ; Hauriou, 1928-3-97 ; Marty, 1931-1-145 ; Tortat, 1932-2-25. Notes au Dalloz : Lalou, 1927-1-73 ; Voirin, 1930-1-40 et 1931-2-57.

Josserand, « L'avènement du concubinat », Dalloz Hebdomadaire, 1932-45 ; Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, 1934, n° 279 ; Lalou, *La responsabilité civile*, 2^e édit., n° 158 et suiv. ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. VI. *Obligations*, par Paul Esmein, n° 548, p. 756 et suiv. ; Josserand, *Cours de droit positif français*, 2^e édit., t. I, n° 424 ; Robert Desiry, « Les conséquences juridiques du concubinage en dehors de l'application de l'art. 340 Code civil », dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932, p. 488.

qu'on attribue au concubinat par la survivance de la doctrine de l'Eglise au sujet des relations hors mariage¹. Dans notre ancienne France, les juridictions ecclésiastiques ordonnaient la séparation des concubins parce qu'ils vivaient en état permanent de péché. Lorsque les juridictions laïques eurent compétence en matière de mariage, elles refusèrent d'ordonner une telle séparation. Mais la doctrine canonique continua à exercer son influence et se fait encore sentir aujourd'hui dans la jurisprudence et dans la doctrine.

A cette idée de l'immoralité essentielle des rapports hors mariage, on oppose une conception d'après laquelle ces rapports, quoique extra-légaux, ne sont pas en eux-mêmes illicites. « Ce qui seul est illicite, c'est qu'ils soient consentis à titre onéreux, parce que, dans les croyances des Français, il y a incompatibilité entre l'acte de commerce et l'acte d'amour »². Et cette idée, en effet, est peut-être au fond de la jurisprudence qui, nous l'avons vu, valide ou annule les libéralités entre concubins suivant qu'elles ont pour cause la communauté de vie, l'affection et la prévoyance, ou la communauté de lit.

De ces considérations, il y a lieu de conclure qu'il serait exagéré de regarder tout concubinat, quel qu'il soit, comme immoral nécessairement, et que, par suite, l'objection d'immoralité opposée à la concubine n'est pas absolument péremptoire.

On parvient à la même conclusion en examinant le concept d'immoralité sous un autre aspect. Ce que certains auteurs ont particulièrement remarqué dans l'union libre, c'est l'absence de volonté nuptiale. M. Jos-

1. « L'union libre » dans Dalloz Hebdomadaire, 6 juin 1935, p. 51-52.

2. *Ibidem*, p. 51.

serand¹, surtout, note que le concubinat est une situation de fait sans prétention juridique et même sans volonté juridique. « Les concubins, dit-il, n'ont pas entendu se lier » ; ils ont même entendu ne pas se lier ; ils veulent conserver toute leur liberté d'action et mettre fin, quand bon leur plaira, à une communauté d'existence qui cessera comme elle avait commencé, plus facilement même qu'elle n'avait commencé, par la volonté d'un seul des intéressés. Si continue, si prolongée que soit la cohabitation, la précarité est de son essence, puisqu'elle a été constamment voulue par les parties ... C'est là l'objection insurmontable à laquelle se heurte toute tentative d'ériger l'union libre à l'état d'union de seconde zone, produisant une série d'effets juridiques ... une jurisprudence qui tendrait à ce résultat irait à l'encontre de la volonté des parties qui ont entendu vivre au jour le jour et éluder tout statut matrimonial, même imparfait, même à l'état d'ébauche ; elle imposerait la qualité de contractants à ceux qui ont voulu demeurer juridiquement des tiers ».

Cette objection à l'efficacité du concubinat est d'ordre à la fois juridique et moral. Il y a de l'immoralité dans une union où chacun se réserve la faculté de quitter l'autre au gré de sa fantaisie, où l'homme entend quitter, à son caprice, la femme et les enfants. Mais il est aussi possible qu'un couple, vivant en concubinat, ait obéi à un autre mobile : ils ont trouvé coûteuses ou gênantes les formalités légales requises pour la solennité du mariage, ils les ont négligées et ils se sont mis en ménage, sans paraître devant l'officier de l'état civil. Dans leur esprit, ils contractaient un mariage purement consensuel. Ici

1. « L'avènement du concubinat » Dalloz, Hebdomadaire, 1932, p. 50.

la volonté nuptiale ne manque pas à proprement parler ce qui fait défaut, c'est l'expression de cette volonté dans les formes exigées par la loi. Les parties ont eu tort de s'en affranchir. Leur ménage est irrégulier. Mais peut-on dire, en vérité, qu'il soit immoral ? Dès lors repousser toujours l'action de la concubine, au nom de l'immoralité foncière de sa situation, n'est-il pas aller trop loin ? Il semble bien que cet argument d'immoralité ne soit pas ainsi par lui-même suffisant en toute circonstance.

Dans la pratique, sans doute, de telles analyses seront très téméraires. Il sera aussi malaisé de savoir si une union libre est dominée ou non par la volonté nuptiale que de savoir si une libéralité est inspirée par la communauté de vie, l'affection et la prévoyance ou, au contraire, par la communauté de lit. C'est pourquoi l'on chercherait vainement, soit en doctrine, soit dans la minorité d'arrêts qui ont rejeté l'action de la concubine pour cause d'immoralité, l'indication d'une distinction entre les cas où le concubinat manifesterait une volonté nuptiale et le cas où il l'exclurait.

Mais il est certaines décisions qui, du seul point de vue moral où nous nous sommes placés actuellement, méritent une réprobation formelle. Ce sont celles qui ont accordé une indemnité à la concubine au cas de concubinage adultérin. Non seulement l'adultère est condamné en même temps par la morale et par le droit, mais il y a, pour une personne, incompatibilité morale absolue entre le concubinage et le mariage simultanés. Au surplus, la volonté nuptiale, qu'on peut interpréter comme un élément moralisateur du concubinat, est radicalement inexistante et impossible chez un concubin engagé d'autre part dans un mariage.

On peut évoquer aussi d'autres situations dans lesquelles l'indemnisation d'un concubin viendrait choquer terriblement nos sentiments moraux. Il n'est pas invraisemblable que ce soit la concubine qui assure des ressources à son compagnon. Celui-ci vit du salaire, des appointements, des cachets qu'elle gagne, des bénéfices, commerciaux ou industriels, qu'elle réalise. La maîtresse meurt dans un accident d'automobile. Va-t-on accueillir la demande de l'homme qui, naguère entretenu, se voit privé des ressources sur lesquelles il comptait pour vivre ? En droit pur, si l'on admet en principe l'action d'un concubin, il sera bien difficile d'établir une distinction tirée des rôles respectifs de l'un et de l'autre, de faire état de l'entretien de la maîtresse par son amant et non de l'entretien de l'amant par sa maîtresse. Mais une correcte manière de comprendre et de sentir l'honneur se révoltera devant une solution aussi audacieuse.

Après avoir critiqué, dans une certaine mesure, l'emploi des idées morales en la matière, attachons-nous maintenant aux conséquences de l'immoralité incontestable d'une union déterminée. Celle-ci ne fera pas refuser tout effet au concubinat. On irait, en le faisant, à l'encontre du but moral lui-même. Une situation immorale ne doit pas profiter à ceux qui l'ont créée et maintenue, mais il est sage qu'elle leur nuise.

La considération de l'illégitimité et de l'immoralité de l'union libre a conduit la doctrine à opérer parmi les solutions jurisprudentielles, des discriminations tenant à ce trait essentiel de l'union libre qu'elle est un mariage apparent.

Le concubinat, se présentant sous l'aspect du mariage, est de nature à induire en erreur le public et constitue

pour lui, quelquefois, un sérieux danger ; il appartient aux tribunaux de venir au secours d'une bonne foi surprise. On approuvera donc les arrêts qui visent à la protection des tiers contre le faux ménage ; notamment le concubin sera lié par les engagements pris par son amie dans l'intérêt de la communauté irrégulière. La théorie de l'apparence, d'accord avec l'équité, justifie cette solution. Celui qui, sciemment, volontairement, crée une situation apparente, est tenu d'en assumer les conséquences. Il demeure pris dans les mailles d'un filet qu'il a lui-même tendu¹. Il paie la situation immorale dont il est l'auteur.

Mais un concubin ne saurait se prévaloir de cette situation vis-à-vis des tiers. Elle lui crée des obligations sans lui conférer des droits. C'est la règle en pareille matière : celui qui constitue un domicile apparent peut être assigné devant le tribunal de ce domicile, mais il ne saurait prétendre imposer cette domiciliation arbitraire au public ; celui qui constitue un mandataire répond bien des actes accomplis par ce dernier au-delà de ses fonctions et pourvu que ce fût à leur occasion, mais il n'en résulte pas un élargissement de la procuration dont il puisse se prévaloir à l'égard du public².

De même les concubins qui vivent maritalement ne sauraient se composer, à leur profit, un statut, même inférieur, de gens mariés et la concubine, privée de son soutien, est sans qualité pour réclamer une indemnité à l'auteur de l'accident ; elle n'a pas plus de vocation à des dommages-intérêts qu'elle n'a de vocation successo-

1. Jossierand, « L'avènement du concubinat », Dalloz Hebdomadaire, 1932, p. 51.

2. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, 2^e édit., t. I, n^o 237 et t. II, n^o 512, Dalloz Hebdomadaire, 1932, p. 51.

rale par rapport à la victime. La règle morale est ici d'accord avec la règle juridique mettant en jeu la théorie de l'apparence. La maîtresse survivante ne peut faire état de la situation immorale dans laquelle elle vivait pour se faire indemniser par l'auteur de l'accident¹.

Section II \

Critique fondée sur ce que la jurisprudence fait de l'union libre une véritable institution

La jurisprudence, quand elle confère une certaine régularité à une situation irrégulière, crée une institution nouvelle, alors qu'une semblable création dans une matière de cette nature et de cette gravité est essentiellement réservée au législateur.

M. Hauriou² a placé cette considération dans une lumière saisissante. Il a fait valoir que cette tentative d'organisation d'un « mariage de seconde zone » est l'élaboration d'une institution nouvelle que l'on tend à forger de toutes pièces ; qu'en se livrant à cette œuvre, la jurisprudence s'immisce dans un domaine d'ordre public, réservé au pouvoir législatif. Les questions de mariage et de filiation sont au-dessus des volontés privées et même des pouvoirs des tribunaux. Comment admettre qu'il dépende des juges de régulariser une

1. En ce sens, Josserand, *op. cit.* ; Lalou, *op. cit.*, n° 159 et suiv. ; Robert Desiry, *op. cit.*, p. 488 et suiv. ; Mazeaud, *op. cit.*, n° 279. Notes précitées au Sirey et au Dalloz.

2. Sirey, 1928-3-97 sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mai 1928.

situation légalement et moralement irrégulière ? L'existence même du mariage est en jeu dans ce débat.

M. Josserand ne tient pas cette argumentation pour absolument décisive¹. Il cite des interventions jurisprudentielles qui sont de véritables créations et font échec à des règles d'ordre public. Lorsque la Cour de cassation fait produire effet, dans une large mesure, aux clauses d'inaliénabilité, elle entravé le grand principe de la libre circulation des biens ; en faisant revivre la vieille maxime : *contra non valentem agere non currit praescriptio*, elle contredit la formule tranchante de l'art. 2251 du Code civil, comme la volonté certaine du législateur de 1804 qui avait entendu mettre fin à de criants abus ; en édifiant son ingénieuse théorie de la dot incluse dans les paraphernaux, elle a établi de toutes pièces un système de publicité qui ne trouve de base dans aucun texte² ; et surtout, en donnant droit de cité aux assurances sur la vie, très longtemps avant la réglementation de cette opération par le législateur, elle avait reconnu et aménagé une institution délibérément bannie de nos lois comme immorale et dangereuse, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Dans ces divers domaines, et les exemples pourraient être multipliés, la jurisprudence a fait œuvre créatrice et prétorienne sous la poussée des mœurs, de l'opinion publique, des nécessités de la vie. La notion de l'ordre public, elle-même évolutive et fluente, n'a point toujours opposé une barrière solide à cette œuvre d'adaptation et de création.

Ces justes observations de M. Josserand montrent que si, vraiment, la jurisprudence était en voie d'élaborer

1. « L'avènement du concubinat », Dalloz Hebdomadaire, 1932, p. 49.

2. Marcel Nast, « Régimes matrimoniaux », dans *Traité pratique de droit civil français*, de Planiol et Ripert, t. IX, n° 1288.

l'institution de l'union libre, même en faisant échec à des règles d'ordre public, elle n'agirait pas autrement qu'elle l'a souvent fait en d'autres matières. De ce point de vue son œuvre ne saurait être particulièrement incriminée.

« Ce qui est vrai, ajoute M. Josserand¹, — et cette particularité n'avait pas échappé à M. Hauriou — c'est qu'en général les jurisprudences de ce genre sont préparées, plus ou moins longuement par un travail qui se poursuit dans les études des notaires ou à l'intérieur des professions, des corporations : si les régimes matrimoniaux ont notablement évolué depuis un siècle, et notamment le régime dotal, c'est que certaines clauses, auxquelles les rédacteurs du Code civil n'avaient pas songé, sont devenues de style ; si les assurances sur la vie ont forcé la porte du prétoire, c'est parce que les assises en ont été jetées par des spécialistes, par des techniciens ; avant de devenir jurisprudentielle, la règle de droit s'est élaborée dans les études des officiers ministériels, dans les bureaux des assureurs, à l'intérieur des professions, des corporations ; de même que la jurisprudence fraye la route au législateur, ainsi les praticiens fournissent à nos tribunaux les matériaux sur lesquels ils travaillent, qu'ils sélectionnent et qu'ils assemblent en s'inspirant à la fois des grands principes permanents du droit et des nécessités, des contingences de l'époque : envisagée sous cet angle, leur œuvre paraît moins hardie qu'elle ne semblait au premier abord, et le droit coutumier jurisprudentiel procède d'un droit coutumier préexistant ; il est de formation secondaire. Or, il est évident que le mouvement favorable à la consécration de l'union

1. *Loc. cit.*, p. 49-50.

libre ne saurait se réclamer d'un tel appui et présenter une telle genèse ; on ne rencontre à sa base, ni écrits, ni clauses de style, ni organisation quelconque : c'est une situation de fait qui s'offre aux juges, sans prétention juridique ... »

On peut répondre que, dans le domaine de l'union libre, le travail de préparation, les matériaux ont été fournis directement par la vie et les mœurs. Les concubinats se multipliant, il a bien fallu que les tribunaux donnent une solution aux questions qui en naissent, aux litiges qui en résultaient, soit dans les rapports des concubins entre eux, soit dans les rapports de ceux-ci avec les tiers. Pour trouver et motiver leurs solutions, les juges se sont inspirés des principes du droit, qu'ils ont appliqués, vaille que vaille, à ces difficultés nouvelles ; ils se sont évertués à mettre ces principes en harmonie avec les nécessités, plus ou moins contestables, les exigences plus ou moins légitimes, les contingences de l'époque. La comparaison pourrait donc être soutenue, dans une certaine mesure, entre la jurisprudence novatrice concernant l'union libre et les autres jurisprudences novatrices.

Il n'est pas douteux que cette jurisprudence a conféré au concubinat une efficacité croissante. Est-il possible de dire qu'elle en fait une institution proprement dite, un mariage de « seconde zone » ? Il faudrait l'affirmer si les tribunaux avaient admis l'existence d'un lien légal entre les concubins.

Or il importe de distinguer nettement, à cet égard, la solution qui accorde une indemnité à la concubine lésée par un accident mortel survenu à son concubin, et toutes les autres solutions jurisprudentielles relatives au concubinat.

D'une manière générale, les effets reconnus au concubinat n'impliquent pas que celui-ci ait une valeur légale. C'est là un point que nous avons mis en relief dans notre introduction. Ayant à apprécier les conséquences d'une situation de fait, les tribunaux ont sanctionné des obligations découlant de cette situation ; mais ils ont motivé cette sanction par une technique juridique de laquelle est absente toute assimilation de l'union libre au mariage. C'est, nous le répétons, par une voie détournée, au moyen de constructions diverses, grâce quelquefois à de subtiles casuistiques, que le concubinat reçoit de l'efficacité. En fait, les obligations sanctionnées procèdent de l'état de concubinage, mais, en droit, leurs conditions existent, abstraction faite de cet état ¹.

Particulièrement la jurisprudence concernant les demandes d'indemnité formées par des concubines abandonnées exclut la reconnaissance d'une valeur légale de l'union libre. Hors le cas où une séduction par manœuvres dolosives, abus d'autorité, ou actes illicites, a créé le concubinage, les tribunaux refusent de condamner le concubin. C'est donc que le concubinat, à l'inverse du mariage, n'engendre pas de devoirs de fidélité, secours et assistance dont la violation par abandon donnerait lieu à responsabilité civile.

Toute différente se présente la jurisprudence qui alloue une indemnité à la concubine lésée par un accident mortel survenu à son compagnon. « On ne peut, dit M. Paul Esmein ², s'empêcher de qualifier de surprenante une jurisprudence qui voit dans l'union libre

1. Paul Esmein, « L'union libre », *Dalloz Hebdomadaire*, 6 juin 1935, p. 49.

2. *Ibidem*, p. 50.

un lien légal pour faire payer par un tiers une indemnité à la concubine, mais non quand il s'agit de condamner le concubin lui-même. Il semble qu'un tel lien doit exister entre les parties avant d'exister à l'égard des tiers ».

Reconnaître l'obligation du tiers auteur de l'accident envers la concubine, c'est voir dans le concubinage un lien légal ; c'est vraiment faire de l'union libre une institution en marge du mariage. Ici la jurisprudence fait un pas beaucoup plus hardi que tous les précédents. Car elle ne se borne plus à sanctionner des obligations découlant en fait de l'état de concubinat, mais où, en droit, leurs conditions existent indépendamment de cet état ; elle sanctionne en droit une obligation fondée sur cet état lui-même.

Cette assimilation malheureuse de l'union libre au mariage est propre à accélérer la multiplication des ménages irréguliers. « En condamnant les tiers on utilise les principes de la responsabilité civile pour confronter l'union libre, dit M. Paul Esmein¹. La perspective d'être traitée comme une épouse en cas de décès du concubin enlève une des raisons de songer au mariage. Au contraire, condamner un concubin envers l'autre en cas d'abandon non justifié par la conduite du second ne paraît pas de nature à développer la pratique de l'union libre. Je crois qu'à l'heure actuelle, dans la majeure partie des unions libres la femme désire le mariage. L'intérêt à rester en concubinage — qui existerait donc surtout pour l'homme — est alors de pouvoir rompre arbitrairement, sans encourir d'obligations pécuniaires. Si l'abandon doit donner lieu à une lourde indemnité, la différence avec l'abandon d'une épouse est réduite,

1. *Loc. cit.*, p. 50.

et l'une des raisons de ne pas épouser disparaît. Sans doute, pour éviter ce risque, certains qui vivent en ménage vivront séparément de leur maîtresse. Mais cela n'a guère lieu dans la classe ouvrière, la plus importante à considérer en raison du nombre des unions libres et de la moindre réaction du milieu ». Admettre une indemnité en cas d'abandon eût donc été moins funeste que l'admettre au cas d'accident mortel. Par là se trouve fortement soulignée l'inopportunité de la jurisprudence relative à cette dernière hypothèse.

Mais il nous reste à montrer que cette jurisprudence reconnaît un lien légal entre les concubins. Nous abordons ici la délicate question du fondement juridique du droit à indemnité d'une personne au cas d'accident mortel survenu à une autre par la faute d'un tiers.

Section III

Critique relative au fondement juridique du droit à indemnité

Un accident mortel, provoquant la rupture de nombreuses relations de droit ou de fait, répercute le dommage subi par la victime sur beaucoup de personnes ignorées de l'auteur de l'accident. Tout individu à qui la mort accidentelle cause un préjudice est-il admis à agir en indemnité contre cet auteur ?

La multiplicité des victimes, si toutes leurs actions étaient accueillies, chargerait le tiers responsable d'obligations écrasantes. Il ne paiera cependant pas plus qu'il ne doit, pourra-t-on dire, puisqu'il a

porté un trouble à la situation de tous les demandeurs en indemnité. Mais il y a lieu de penser aussi que ce tiers n'a vraiment pas prévu et voulu le dommage ; c'est du fait même de ce dommage, beaucoup plus que de ses intentions, de sa volonté, de sa faute, que naît sa responsabilité. Convient-il dès lors d'aggraver à l'extrême cette dernière ?

L'idée se présente alors d'une limitation non seulement du montant de la réparation, mais même du nombre des personnes admises à l'indemnité. Suivant quels principes établira-t-on cette deuxième limitation ?

On pourra exiger qu'il y ait un lien légal, des rapports d'obligation civile, entre la victime et le demandeur. Il ne sera ainsi tenu compte que du préjudice causé aux situations juridiques.

Si, se montrant plus large, on accorde la réparation des dommages causés aux simples situations de fait, on évitera une abusive multiplication des ayants droit à indemnité en faisant intervenir des raisons d'ordre public et la nécessité d'une preuve suffisante de la réalité du préjudice. Exiger cette preuve avec quelque rigueur, c'est barrer la route à beaucoup de demandes injustifiées, car, s'il est facile de démontrer la lésion d'une situation juridique en établissant le droit lui-même, il peut être malaisé de démontrer la lésion d'une situation de fait. Alors même qu'une telle lésion serait établie, il faudra encore se demander si l'ordre public ne s'oppose pas à l'attribution d'une indemnité.

Il convient d'examiner la prétention de la concubine, en notre hypothèse, au regard de la théorie qui accorde seulement réparation au cas de lésion d'une situation juridique, puis au regard de la théorie admettant cette réparation même pour la lésion d'une situation de fait.

I. La concubine peut-elle invoquer une situation juridique ?

Suivant une opinion doctrinale, la lésion d'un droit est une condition nécessaire de l'action en indemnité.

« La prétendue victime, dit M. Josserand¹, doit se réclamer de la lésion d'un droit au sens le plus compréhensif. La lésion d'un intérêt ne suffit pas, si respectable qu'il soit, on ne le considère qu'autant qu'il est juridiquement protégé; en effet, dans le système moderne, les actions ne sont que des droits produits en justice ».

« La concubine, dit le même auteur² ne saurait se prétendre lésée dans ses droits acquis, puisque, précisément, l'union libre ne lui en avait pas conféré contre le concubin; c'est dans ses intérêts seulement qu'elle est atteinte; mais la responsabilité délictuelle des art. 1382 et suivants n'est pas mise en jeu par cela seul que nous portons atteinte aux intérêts d'autrui; s'il en était autrement, c'est continuellement, c'est en toute occasion que nous devrions réparer les dommages résultant de notre activité, et la vie deviendrait impossible; les délits ou quasi-délits n'existent que si le dommage a été causé injustement; ils impliquent la lésion d'un droit. Or, tous les intérêts ne sont pas des droits; ils ne sont pas tous juridiquement protégés», sans quoi les fournisseurs de la victime d'un accident seraient qualifiés pour agir en dommages-intérêts en alléguant qu'ils ont perdu leur meilleur client »³.

1. Josserand, *Droit civil positif*, II, n° 423.

2. Josserand, « L'avènement du concubinat », *Dalloz Hebdomadaire*, 1932, p. 48.

3. En ce sens note Labbé Sirey, 1879-1-193; note Hauriou, Sirey, 1928-3-97. Rapport du Conseiller Pilon, *Dalloz*, 1931-1-38. Note Marty, Sirey, 1931-1-145 notamment p. 149 et 150.

L'existence d'un droit en la personne du demandeur en indemnité sera recherchée dans les liens qui l'unissent à la victime. Il faut une situation juridique créatrice d'obligations et donnant formellement le droit de recevoir de la victime des secours matériels, à celui qui demande réparation pour le dommage subi du fait de l'impossibilité où il se trouve d'en obtenir l'exécution. On exprime généralement cette idée en disant que le préjudice doit porter atteinte à un « droit acquis ».

Mais l'expression de droit acquis se réfère à des notions si imprécises que nul n'a jamais pu en fournir une définition satisfaisante ¹.

Dans un premier sens, on oppose le droit acquis à la simple expectative. Mais cette opposition semble assez malheureuse car, fréquemment, le droit du demandeur sur la victime n'aura encore jamais été exercé : ainsi le titulaire d'une créance alimentaire sur le défunt n'aura peut-être jamais exercé ce droit, soit qu'il n'en ait pas eu besoin, soit que le débiteur ait été dans l'impossibilité de s'en acquitter. D'où la contradiction frappante d'un arrêt de la Cour d'Alger du 23 mai 1892 qui, après avoir déclaré que l'action en réparation du préjudice causé par l'accident appartient à toute personne lésée dans un droit acquis, décide qu'un accident cause à la mère de la victime un dommage matériel parce qu'il la prive du droit de se faire, dans l'avenir, servir des aliments par son fils ².

Dans un autre sens, l'expression de droit acquis signifie en notre matière que l'exigence d'une atteinte à un

1. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édit., I, n° 421.

2. Alger, 23 mai 1892, Dalloz, 1892-2-47.

La contradiction dont il s'agit est relevée par Perret : *Des ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel*, thèse, Paris, 1933, p. 24.

tel droit sert à prouver la certitude du préjudice. Ainsi on exige du demandeur privé par l'accident mortel des ressources que lui procurait l'accidenté, qu'il ait un droit acquis à cette assistance, parce que le dommage ne peut être certain que si le défunt était tenu envers le demandeur d'une obligation alimentaire. Dans cette manière de voir, l'existence d'un droit paraît secondaire et joue le rôle de preuve du fait, en lui apportant la certitude.

Négligeons donc les arguties qu'entraîne la définition du droit acquis et tenons-nous en à cette idée, caractéristique de la théorie exposée, que le demandeur en indemnité doit avoir un lien légal avec la victime, que celle-ci doit avoir une obligation légale avec celui-là. Cette théorie exclut nécessairement de l'indemnité les personnes liées à la victime par un lien de simple fait. Une opposition tranchée s'établit entre la situation de fait et les situations juridiques créatrices d'obligations civiles. Seul le créancier de ces obligations, ne pouvant plus, par suite de l'accident mortel, en obtenir l'exécution, subit la lésion d'un droit dont il est fondé à demander réparation au tiers auteur de cet accident.

La concubine est-elle autorisée à prétendre qu'elle se trouve dans une telle situation juridique, qu'elle est créancière de telles obligations, qu'elle souffre en conséquence de la lésion d'un droit ?

Rationnellement, on conçoit deux sources possibles d'une créance civile de la concubine contre son compagnon :

ou bien l'union libre a engendré une obligation d'assistance du concubin envers sa compagne, l'accident rendant impossible l'accomplissement de cette obligation, la survivante veut se faire indemniser par le tiers ayant été cause de l'accident ;

ou bien la concubine soutient qu'elle avait une créance en indemnité contre son amant qui l'avait séduite ; que l'accident mortel empêche le concubin de s'acquitter de l'obligation de réparer la faute par lui commise ; que c'est de ce chef qu'elle s'adresse au tiers responsable.

Il s'agit, on le voit, de créance de natures très différentes. La première, celle d'assistance, ne saurait exister en l'absence d'un lien légal des concubins. La seconde ne suppose en aucune manière un tel lien. La première résulterait de toute union libre et impliquerait assimilation de celle-ci au mariage. La seconde ne résulte pas de l'union libre, mais procède d'une faute commise par l'homme pour pousser la femme au concubinat ; elle n'apparaîtra donc pas dans tout concubinat, mais seulement dans les unions déterminées par la séduction.

Cette différenciation des prétentions et des circonstances doit être suivie de près. Elle conduit à des solutions également différentes, commandées par ces deux principes :

1^o La concubine n'a jamais de créance civile de secours et assistance.

2^o Elle peut avoir, en certains cas, une créance civile de réparation pour séduction.

En premier lieu, la concubine survivante ne sera en aucune hypothèse fondée à invoquer la lésion d'un droit d'assistance. Seule une situation juridique lui conférerait un tel droit. Or elle ne saurait établir autre chose qu'une situation de fait.

Un droit étant à la base de l'indemnité, tous les parents eux-mêmes ne seront pas forcément admis à la réparation. On a vu que le Conseil d'Etat ne reconnaît pas dans le lien même de parenté la situation juridique requise ; il exige un lien d'obligation alimentaire.

L'épouse est certainement fondée à demander réparation au cas d'accident mortel survenu à son mari par la faute d'un tiers. Son mari avait envers elle une obligation, édictée par le Code civil, de secours et d'assistance. Elle bénéficiait de la situation matrimoniale, éminemment créatrice d'obligations, et qui lui donnait le droit de recevoir de la victime des secours matériels. Par suite de l'accident elle se trouve dans l'impossibilité de les recevoir.

Tout autre est la situation de la maîtresse. Même si elle avait eu la volonté nuptiale, c'est-à-dire la volonté assez maladroite de faire un mariage purement consensuel, cette circonstance, suffisante à moraliser son union, serait totalement impuissante à transformer sa situation de fait en situation juridique. Cette dernière ne peut s'établir que par la célébration devant l'officier d'état civil dans les formes déterminées par la loi.

Il est dès lors de toute évidence que la concubine ne peut pas appuyer sa demande en indemnité sur la lésion d'un droit d'assistance.

Son concubin n'avait à son égard aucune obligation alimentaire qu'elle pût le contraindre à exécuter. Ce que la jurisprudence a seulement admis, on l'a vu, c'est une obligation naturelle d'entretien qui peut se nover en obligation civile par la reconnaissance et la promesse de payer du concubin.

On peut dire que « du sentiment général des Français, celui des concubins qui, après une longue vie commune, abandonne l'autre sans grief grave, viole un devoir moral »¹. Mais l'union libre, n'ayant aucune valeur légale, étant même contraire aux principes légaux d'or-

1. Esmein, « L'union libre », Dalloz Hebdomadaire, 6 juin 1935, p. 51.

ganisation de la famille, n'engendre pas de devoirs de fidélité, assistance et secours dont la violation, par abandon, donnerait lieu à responsabilité civile. Chacun des concubins est libre de mettre fin au concubinage sans engager sa responsabilité. La jurisprudence exige, pour condamner l'auteur de la rupture, que l'union ait été provoquée par sa faute. S'il n'y a pas d'obligation légale d'assistance du concubin, envers la concubine, celle-ci ne saurait fonder sa prétention à indemnité que sur des motifs étrangers à la lésion d'un droit d'assistance. Elle doit par conséquent être déboutée de ce chef.

Il faudrait, pour triompher, qu'elle démontrât que la situation de fait, antérieure à la mort accidentelle de son ami, s'est métamorphosée, par suite de ce décès, en une situation de droit. En d'autres termes elle devrait démontrer que sa créance qui, du vivant de son compagnon, était seulement naturelle, s'est transformée, au jour du décès accidentel, en une créance civile, s'affirmant par l'exercice, contre l'auteur du dommage, d'une action en responsabilité. Or une telle novation est juridiquement inexplicable. On comprend que l'obligation naturelle du concubin se nove en obligation civile par la reconnaissance et la promesse de payer qu'il fait. Mais on ne conçoit pas que sa mort par le fait d'un tiers ait un résultat pareil.

Si la lésion d'un droit est la condition nécessaire de l'attribution d'une indemnité, la jurisprudence du Conseil d'Etat, rejetant en principe toute action de la concubine, est seule dans la vérité juridique. La Cour de cassation, se contentant de la lésion d'un intérêt, est en dehors de cette vérité, ainsi que les Cours d'appel qui, pour la plupart, ne se sont pas montrées plus exigeantes.

Mais il y a plus. La jurisprudence qui admet la prétention de la concubine admet par là même, implicitement, l'existence d'une obligation d'assistance entre les concubins, du moins dans les cas où elle ne fait pas état d'une séduction par laquelle l'homme aurait déterminé la demanderesse à vivre maritalement avec lui. La reconnaissance d'un lien légal entre les amants donne alors au concubinat figure d'institution en marge du mariage.

Cette si grave conséquence ne se produit qu'au regard de la doctrine qui exige la lésion d'un droit comme condition de l'indemnité. Puisqu'il n'y a pas, en dehors d'une créance, de réparation de la séduction, d'autre droit possible pour la concubine que celui qui naîtrait d'une obligation d'assistance de son concubin, l'attribution d'une indemnité à la survivante ne s'explique que par l'admission jurisprudentielle d'une semblable obligation non admise par la loi.

Sans doute la Cour de cassation n'affirme pas cette obligation. Au contraire elle pose en principe que la lésion d'un intérêt suffit à justifier l'indemnité, sans qu'on ait à s'inquiéter de la « nature du lien » unissant la victime au demandeur en réparation. Elle laisse donc de côté le point de savoir si la nature du lien des concubins est légale ou extra-légale. Dans sa manière de voir, la concubine reçoit indemnité dès que son intérêt certain est touché, et alors même que son concubin ne pouvait avoir légalement envers elle d'obligation d'assistance.

Mais, si l'on n'accepte pas le point de départ de la Cour de cassation, si l'on rejette la possibilité juridique d'une indemnité qui correspondrait seulement à la lésion d'un intérêt, on est logiquement forcé de dire que c'est une

obligation d'assistance qui est, en réalité, mise ainsi, et en contradiction avec la loi, à la charge du concubin. D'ailleurs lorsque la Cour suprême parle d'une union stable « singeant » le mariage, que certains seraient tentés d'appeler « respectable », et dont ils souligneraient volontiers la « dignité »¹, ne paraît-elle pas assimiler en quelque manière le concubinat au mariage et sous-entendre une équivalence d'obligation pour le concubin et le mari ? Au fond de la théorie de l'intérêt suffisant, et étant donnée l'imprécision du mot intérêt lui-même, il y aurait donc reconnaissance implicite, mais regrettable, d'un lien légal entre personnes vivant maritalement.

Si la concubine ne peut jamais, nous l'avons montré, fonder sa demande sur une créance civile d'assistance, elle peut, quelquefois, l'appuyer sur une créance civile de réparation pour séduction.

Du chef de la séduction, qui l'a conduite au concubinat, la femme avait un droit de réparation à faire valoir contre l'homme. Celui-ci, décédé, ne peut plus réparer sa faute et s'acquitter de son obligation ; et cette impossibilité provient du fait du tiers auteur de l'accident. La concubine actionne ce tiers en indemnité. Nous voici donc amenés à limiter le droit à réparation de la concubine aux cas dans lesquels une faute du concubin se retrouve à l'origine du concubinage et a causé un dommage à cette femme².

La faute peut résider dans la séduction, c'est-à-dire dans les divers moyens (abus d'autorité ou d'influence, contrainte morale, promesse de mariage) par lesquels on engage à consentir au concubinage. Il est constant

1. Cass. crim., 26 novembre 1926, Dalloz, 1927-1-73.

2. Henri Perret, *Des ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel*, thèse, Paris, 1933, p. 102 et suiv.

que le séducteur assume vis-à-vis de la femme une obligation tendant à la réparation du dommage causé par la séduction¹. La jurisprudence voit dans cette obligation un devoir moral dont l'engagement souscrit par l'amant constitue la reconnaissance et l'exécution. Ne peut-on pas aller plus loin et dire que, puisqu'il y a eu dommage causé et par sa faute, le séducteur qui a engagé la femme au concubinage est tenu d'une obligation civile délictuelle ; l'engagement souscrit par lui n'est plus qu'une fixation conventionnelle des dommages-intérêts.

« La faute se trouve donc dans l'établissement de l'union et non dans sa dissolution. Il serait contraire à la morale de tenir pour fautive la cessation d'une union irrégulière. Mais comme la concubine ne s'aperçoit du préjudice qu'au jour de la rupture, une confusion peut se produire et faire croire que c'est de la dissolution du ménage dont elle se plaint.

En réalité, comme la femme entretenue, la fille séduite n'a aucun droit acquis à la continuation du concubinage : elle n'a droit qu'à la réparation du préjudice causé par la séduction, mais n'intente son action qu'au moment de l'apparition du préjudice : à la dissolution du concubinage. L'action de la concubine est donc une action en réparation du préjudice causé par l'établissement de ces relations quand il s'accompagne d'une faute de l'amant. « Comment est acquittée cette obligation du concubin ? Pendant la durée du concubinage, le dommage n'apparaît pas pour la concubine séduite, parce que souvent la promesse de mariage subsiste et que le concubinage

1. Grenoble, 2 février 1897, Dalloz, 1898-2-57 ; Cass. req., 10 février 1909, Dalloz, 1909-1-157 ; Poitiers, 29 octobre 1928, Dalloz, 1929-2-19 note Voirin ; Poitiers, 8 février 1930, Dalloz Hebdomadaire, 1930-233 ; Montpellier, 24 juin 1924, Dalloz, 1924-2-145 note Savatier.

lui assure des avantages compensatoires qui font fonction de réparation ; surtout dans le cas d'une longue communauté de vie on peut estimer que les subsides étaient au moins pour partie l'exécution de ce devoir ; c'est qu'en effet, en pratique, étant donnée la situation pécuniaire du concubin, c'est peut-être pour lui la seule manière, quoique imparfaite, de réparer. Mais au moment de la dissolution du concubinage toutes les conséquences dommageables pour la femme de la faute du concubin apparaîtront ; malgré ce retard elle conserve son droit à réparation et peut le résoudre en dommages-intérêts. Telle est la situation de la fille séduite vis-à-vis du séducteur ou du concubin fautif en général »¹.

Ainsi l'on peut justifier juridiquement, dans les cas où la séduction a été à l'origine du concubinat, le droit à indemnité de la femme séduite, lors du décès de son ami, contre l'auteur de l'accident.

Objectera-t-on, comme l'a fait M. Demogue², que du droit à réparation contre le concubin il ne suit pas forcément qu'il y ait un droit à réparation contre l'auteur de l'accident. « Ni la faute, ni le préjudice ne sont les mêmes ». Certainement les deux obligations ne sont pas assimilables. Mais il n'en est pas moins vrai que l'impossibilité pour la concubine d'obtenir exécution de la première fonde sa prétention contre le tiers qui est cause de cette impossibilité et auteur de la lésion de son droit.

M. Perret³ remarque que cette solution, juridique en soi, est aussi la plus pratique dans ses résultats. « La concubine ordinaire, femme d'expérience qui s'est déter-

1. Perret, *op. cit.*, p. 105.

2. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1930, p. 543.

3. *Op. cit.*, p. 107.

minée par sa libre volonté ne subit pas de préjudice. Au contraire, la fille séduite a droit à réparation du dommage subi par la mort accidentelle de son concubin : lui refuser réparation serait inique, puisqu'elle subit un préjudice certain. Enfin la concubine mère est protégée dans ses enfants ».

Cette solution ne s'est encore fait jour ni en jurisprudence, ni en doctrine. Nous la faisons nôtre en suivant l'argumentation de M. Perret que nous avons fait connaître. Et nous ajoutons, en sa faveur, les considérations suivantes :

L'attribution d'une indemnité à la concubine, alors, ne suppose pas de lien légal entre les concubins ; elle ne résulte pas de l'union libre elle-même ; elle ne peut avoir lieu que dans certains cas, lorsque la séduction est à l'origine du concubinat. On ne donne pas effet, même indirectement, à une union irrégulière ; on sanctionne une faute de l'homme. Juridiquement et pratiquement, les situations sont très différentes. Elles se séparent aussi au point de vue moral. Le droit lésé, sur lequel se fonde la réparation, n'est pas né d'un état illégal et immoral, mais de la séduction qui a engendré cet état.

Nous avons noté le singulier contraste que forment, d'une part, une jurisprudence refusant à la concubine une indemnité pour abandon, hors le cas de séduction, d'autre part, une jurisprudence voyant dans l'union libre un lien légal pour faire payer par un tiers, au cas d'accident, une indemnité à la concubine. D'un côté, il y a reconnaissance, de l'autre négation d'un rapport légal entre les gens vivant maritalement. Il paraît bien — et là est la contradiction — qu'un tel rapport doit exister entre les parties avant d'exister à l'égard des

tiers. Or l'harmonie se trouve établie si l'on admet qu'il n'y a jamais de lien légal entre concubins, mais que seule la faute de l'homme, la séduction, peut faire naître une créance civile de la concubine, soit contre le concubin lui-même au cas d'abandon, soit contre le tiers auteur de l'accident.

II. Le simple intérêt lésé de la concubine comporte-t-il réparation ?

Dans une opinion, différente de celle qui a été exposée, la lésion d'un intérêt est une condition suffisante du droit à indemnité. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait lésion d'un droit. L'art. 1382 du Code civil a une portée générale ; il vise non seulement les situations juridiques créatrices d'obligations civiles, mais aussi les situations de fait. La nature du lien qui unissait la victime au demandeur en réparation n'est pas à considérer. Qu'il soit légal ou extra-légal, la demande doit être accueillie dès l'instant qu'un intérêt a été lésé.

Encore faut-il prouver la réalité de cette lésion et la légitimité de l'intérêt auquel il a été préjudicié. En d'autres termes, l'intérêt doit être certain et légitime. Grâce à cette double exigence, on limite le nombre des demandeurs en indemnité. Et, à la vérité, c'est le minimum possible d'exigence, car on ne conçoit juridiquement ni la réparation d'une lésion qui ne serait pas démontrée, ni la sanction d'un intérêt qui serait illégitime.

La concubine peut-elle dire qu'elle a été lésée dans un intérêt certain ? La Cour de cassation l'a pensé. Pour elle la certitude de l'intérêt est suffisamment établie lorsqu'on a démontré que l'union brisée par l'accident offrait des garanties de stabilité et de durée. Le concubinat

était alors à l'image même du mariage. S'il avait vécu, le concubin aurait continué à subvenir aux besoins de son amie. Le passé était garant de l'avenir.

Rationnellement, c'est un point de vue acceptable. On ne peut guère lui opposer une objection tirée de la difficulté d'évaluation du préjudice futur. Très souvent on a invoqué le dommage résultant pour les parents de la privation dans l'avenir de l'assistance et des secours qu'ils étaient en droit d'attendre de la victime, et de l'aide pécuniaire sur laquelle ils pouvaient compter éventuellement¹. En ce sens il a même été décidé que « la mère était en droit de compter dans un avenir très prochain sur l'aide et l'assistance pécuniaire de son enfant, qu'il y a là non seulement des espérances lointaines, mais des promesses immédiates de position lucrative dont la disparition cause un dommage né et actuel »². Dans cette hypothèse la privation d'une chance sérieuse constitue un préjudice certain. Et nous entendons bien que les parents, la mère particulièrement, pouvaient faire état d'une situation juridique, d'un lien légal d'assistance, ce qui n'est pas le cas de la concubine. Mais ce point n'importe pas ici, puisque nous nous occupons uniquement de la possibilité d'évaluation d'un dommage matériel.

L'assistance éventuelle du concubin sera calculée d'après celle qu'il avait prêtée jusqu'alors, d'après ses revenus, la part qu'il en aurait distrait en faveur de ses proches ou à d'autres fins. Il a été jugé que les revenus

1. Bordeaux, 30 novembre 1881, Dalloz Rép. Supplément. V. *Responsabilité*, 278 ; Conseil d'Etat, 20 décembre 1911, Dalloz, 1914-3-2 ; Trib. com., Nantes, 26 juillet 1913, *Rec. Nantes*, 1914-1-60 ; Lyon, 19 novembre 1930, D.H., 1932, sommaire II.

2. Paris, 10 mars 1920, Dalloz, 1920-1-137 note Lalou.

d'un homme marié, victime d'un accident mortel, ne peuvent être entièrement pris en considération pour fixer l'indemnité due à la veuve, s'il est établi qu'une partie de ces revenus servait à l'entretien d'un ménage illégitime¹. Quelle que soit la valeur de cette décision, il est clair qu'on devra, à l'inverse et *a fortiori*, si l'on admet la concubine à indemnité, et si l'on considère les revenus du concubin, déduire de ces revenus la portion qui servait à l'entretien légalement obligatoire de la femme légitime. La décision apportée n'échappe certainement pas à la critique. Il est bien difficile d'admettre que la prétendue charge résultant de relations adultères puisse être reconnue au même titre qu'une autre dette du défunt. Mais, si l'on reçoit l'action de la concubine, on ne pourra moins faire alors, pour mesurer l'étendue de son indemnité, que de tenir compte de la dette dont le défunt aurait été tenu envers son épouse.

Si la concubine a fait, après l'accident, des dépenses médicales et pharmaceutiques, celles-ci entreront dans le calcul. Les frais funéraires, qu'elle pourrait avoir assumés, seront compris dans la réparation. On considère que c'est justice de faire payer par l'auteur de l'accident les funérailles de la victime. Cette justice s'impose surtout à l'égard des personnes qui n'étaient ni successibles, ni légalement débitrices d'aliments et qui ont pourvu *pietatis gratia* aux obsèques du défunt. Or tel est maintenant le cas de la concubine. La Cour de cassation, le 28 février 1930, a reconnu son droit au remboursement de ces frais².

D'une manière générale, les indemnisations de la

1. Trib. corr., Seine, 14 décembre 1926, Dalloz, 1927-2-55 note Lalou.

1. Cass., 28 février 1930, Dalloz, 1930-1-19.

concubine pourront être fixées d'après toutes les circonstances de la cause. Les éléments du préjudice seront appréciés souverainement par les juges. S'agissant d'une question de fait, la Cour de cassation n'aura pas de contrôle à exercer.

Du chef de la possibilité d'évaluation du dommage, ce dernier étant établi dans son existence même d'une façon certaine, il n'y a donc pas d'objection valable à soulever.

Mais, avant de chiffrer un préjudice, il faut savoir s'il existe vraiment. La concubine peut-elle se dire lésée dans un intérêt certain ? Le passé, dit-on, garantit l'avenir qui se fût réalisé sans l'accident. Le passé, c'est la durée, la stabilité de l'union. La position juridique de la Cour suprême est défendable. « Il peut se rencontrer des concubines, disent MM. Mazeaud¹ en mesure de se prévaloir d'un dommage certain, toutes celles qui peuvent invoquer un concubinage durant depuis de longues années et qui peuvent démontrer, non seulement avoir reçu des cadeaux, mais avoir été secourues par leur concubin, comme une femme par son mari ».

Toutefois ces auteurs avaient, dans l'édition précédente de leur traité, soutenu un avis contraire. Ils estimaient alors qu'une concubine ne saurait jamais se prétendre lésée dans un intérêt certain. Il est permis, en effet, de considérer que, dans une union de pur fait, qui peut se rompre du matin au soir, et du soir au matin, sans intervention de justice et sans la moindre formalité, l'attitude future du concubin ne peut se déduire avec une véritable certitude de sa conduite passée. Plutôt que de certitude il convient de parler ici de présomption.

1. *Traité de la responsabilité civile*, 1934, t. I, n° 278.

Mais peut-on fonder un droit à indemnité sur la lésion d'un intérêt seulement présumé ? Un telle probabilité équivaut-elle judiciairement à une preuve ? Comment, dès lors, ne pas conserver un doute sur la rectitude de la théorie de la Cour de cassation ?

Le point même de savoir si un concubinat était stable ou instable, si, par suite, la concubine a été lésée ou non, est affaire d'appréciation si délicate, qu'une même union a été qualifiée contradictoirement par deux Cours d'appel, nous l'avons vu, et que la Cour de cassation a été amenée, dans cette même espèce, à rendre deux arrêts en sens contraire. Faire de la lésion d'un intérêt la condition suffisante de l'action en indemnité, c'est instaurer l'arbitraire. Un ménage irrégulier est-il sérieux ou non ? Oui, dans le ressort d'une Cour. Non, dans le ressort d'une autre. La règle de droit se confondant avec la question de fait, le contrôle de la Cour suprême ne s'exerce pas dans des conditions normales.

L'arbitraire a été jusqu'au scandale lorsque certaines décisions ont accordé une indemnité à la concubine alors même que l'adultère était établi.

L'allocation d'une indemnité à la concubine, au cas de concubinage adultérin, n'est défendable ni sur le terrain de la morale, ni sur celui du droit.

Lorsqu'on pose la question de savoir si un enfant naturel non reconnu ou un enfant adultérin peut réclamer une indemnité à l'auteur de l'accident ayant causé la mort de son père ou de sa mère, on ne peut faire intervenir en faveur du demandeur l'idée d'une obligation alimentaire du défunt envers lui, au moins celle d'une obligation naturelle. Mais dire que, même au cas de concubinage adultérin, le concubin est tenu d'une obli-

gation naturelle envers son amie, n'est-ce pas une exagération devant laquelle il faille reculer ? Lorsque l'un des concubins est marié à un tiers, les rapports extra-conjugaux constituent, pour celui des amants qui commet l'adultère et même pour l'autre, du moins s'il connaît l'état d'époux de son ami, un acte légalement illicite. Un acte condamné par la loi peut-il servir de support à une obligation et à une créance, quelles qu'elles soient ?

Mais nous nous plaçons surtout, ici, dans l'esprit et dans la lettre de la théorie admise par la Cour de cassation. C'est la stabilité de l'union qui prouve la certitude du dommage éprouvé par la concubine. Or un concubinage adultérin ne peut être stable, puisque le mari concubin, tenu, à l'égard de son épouse, à l'obligation de fidélité, a le devoir de rompre l'union illégitime, la possibilité de le faire à chaque instant ainsi que la loi l'y invite. Une union sérieuse, seule capable d'établir la réalité d'un préjudice causé à la concubine par la mort de son ami, est celle qui pourrait et devrait même être régularisée. Une régularisation est, dans notre hypothèse, impossible en raison du vice d'adultérinité. La notion même d'intérêt certain, on le voit, est si vague qu'elle semble pouvoir, si l'on en joue sans mesure, motiver des décisions évidemment inadmissibles.

Pour justifier une indemnité, l'intérêt doit être non seulement certain, mais encore légitime. Parmi les personnes qui peuvent se prévaloir d'un préjudice certain résultant du décès, toutes ne sont pas admises à intenter une action. Le demandeur doit établir que le dommage porte atteinte à une situation licite et morale. La concubine peut-elle se targuer d'une atteinte à un intérêt légitime ? Peut-on lui objecter la maxime *Nemo*

auditur propriam turpitudinem allegans ? Nous rappellerons ici les distinctions et les nuances que nous avons déjà indiquées au sujet de l'application à la matière des concepts et des sentiments moraux. Tout revient à se demander si les concubins ont eu ou non la volonté nuptiale, s'ils ont entendu, maladroitement sans doute, mais vraiment, conclure un mariage consensuel, ou si, au contraire ils n'ont pensé qu'à la possibilité de se quitter à leur fantaisie. De semblables recherches ne pourront pas être effectuées par les tribunaux en vue de la détermination du caractère moral ou immoral de l'union ; elles conduiraient du reste à un arbitraire au moins égal à celui qui résulte de la distinction de l'intérêt certain ou incertain. Mais il suffit que ces considérations aient leur valeur psychologique et morale pour qu'on ne fasse pas toujours, et d'une manière péremptoire, l'objection d'immoralité à la concubine.

Il reste toutefois que l'union libre est irrégulière. Elle est contraire aux règles d'organisation de la famille établies par le Code civil. Elle n'est pas prohibée et réprimée par la loi, sauf dans le cas où elle s'accompagnerait d'adultère. Elle est une situation de fait, qui jure avec une situation juridique voulue par le législateur, mais qui est ignorée de celui-ci. Son illégitimité doit-elle être, dans ces conditions, une cause de déchéance du droit que la concubine puiserait dans la lésion dûment prouvée d'un intérêt certain.

La Cour de cassation a répondu négativement. L'art. 1382 du Code civil ne limite pas la nature du lien unissant, au cas de décès, la victime avec le demandeur en réparation. Il n'y a donc pas à se préoccuper de la légitimité ou de l'illégitimité de l'intérêt dont se prévaut

la maîtresse survivante. Dès l'instant que son intérêt certain a été lésé, elle a droit à réparation. Ajouter à la condition de certitude la condition de légitimité serait introduire dans l'art. 1382 une exigence qui est exclue par la généralité même de sa disposition. Telle a été aussi la jurisprudence de la majorité des Cours d'appel. Au contraire, la raison d'illégitimité a poussé la plupart des auteurs à refuser toute efficacité au concubinat. Les concubins sont obligés de supporter, dans leurs rapports avec les tiers, les conséquences de la situation de mariage apparent qu'ils ont créée, mais ils ne sauraient se prévaloir de cette situation illicite. A la concubine réclamant une indemnité, l'auteur de l'accident répondra donc victorieusement par la maxime *Nemo auditur propriam allegans*.

Cette manière de voir a été partagée par une minorité de décisions qui ont, en principe, rejeté l'action de la concubine pour défaut d'intérêt légitime.

D'autres arrêts ont repoussé, pour le même motif, l'action de la concubine en tant que concubine, mais l'ont admise en tant que mère. Cette solution a été justement critiquée. « Raisonner ainsi, disent MM. Mazeaud ¹, c'est commettre une confusion. De deux choses l'une : ou bien la mère agit en son nom personnel, elle réclame réparation du dommage qu'elle subit personnellement. Alors, tout ce qu'elle peut reprocher à l'auteur de l'accident, c'est d'avoir mis fin aux ressources qu'elle tirait du concubinage ; elle se fonde donc nécessairement sur l'atteinte portée à une situation immorale. Sans doute elle subit un autre préjudice, celui d'avoir un enfant naturel ; mais, de ce dommage, le tiers n'est pas la cause ;

1. MM. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, I, 1934, n° 284.

le concubin seul, et, après lui, sa succession, peuvent être de ce fait condamnés à des dommages-intérêts. Ou bien la mère agit au nom de l'enfant ; alors on sort du domaine envisagé ; c'est un deuxième problème qu'on aborde : celui de savoir si un enfant peut réclamer des dommages-intérêts à un tiers responsable de la mort de son auteur ».

Reste à savoir si la concubine, agissant comme concubine, se prévaut d'un intérêt légitime ou illégitime. Que décider, en présence de l'opposition de l'ensemble de la jurisprudence, notamment de la Cour de cassation, et de la doctrine ?

Il nous sera permis de transposer ici la distinction, précédemment établie, entre les cas où la concubine fait valoir l'assistance que lui donnait le concubin et le cas où elle fait état de la séduction qui l'a poussée au concubinat.

La concubine ne peut appuyer sa demande sur une prétendue obligation d'assistance qu'aurait eu envers elle son ami disparu. Admettre cette obligation, ce serait reconnaître l'existence d'un lien légal entre concubins. Mais, à défaut d'une créance d'assistance, la concubine peut-elle invoquer l'intérêt qu'elle avait à être entretenue ? Répondre affirmativement serait aboutir, en pratique, au même résultat que si l'on légalisait l'union. Peu importera à la femme que l'allocation d'une indemnité soit motivée par la lésion d'un droit ou par la lésion d'un intérêt. Le fait même de son attribution tend à propager l'union libre et à lui conférer la valeur pratique du mariage. Bien que le concubinat ne soit pas en lui-même une cause de déchéance des droits, on doit considérer que son assimilation, même en fait, au mariage,

est contraire à l'ordre public. Ainsi envisagé, l'intérêt de la concubine apparaît comme illégitime.

Mais très différente est la situation de la concubine survivante fondant sa prétention sur une créance civile de réparation, née de manœuvres séductives de l'homme qui l'ont décidée à l'union libre. Ce sera la situation, non pas de toutes les concubines, mais de celles-là seulement qui auront été séduites. Contre elles ni l'argument d'immoralité ni celui d'illégitimité n'auront de prise. L'ordre public sera de leur côté. Mais il ne s'agit plus de donner un effet quelconque au concubinat ; on sanctionne seulement une faute commise autrefois par le défunt, génératrice d'une obligation civile à la charge de celui-ci ; cette obligation ne pouvant plus être exécutée, la maîtresse se retourne contre l'auteur de l'accident qui a rendu l'exécution impossible. En cette hypothèse, nous l'avons vu, la femme a subi la lésion d'un véritable droit. A plus forte raison devra-t-on dire qu'elle a été lésée dans un intérêt légitime.

DEUXIÈME PARTIE

Le préjudice moral

Il n'est pas niable que des sentiments d'affection et de reconnaissance peuvent lier des personnes vivant maritalement. La concubine aura parfois une douleur sincère et vive de la mort accidentelle de son compagnon. Elle sera tentée d'agir contre l'auteur de l'accident en réparation de ce préjudice moral.

Ce dommage sera d'ailleurs invoqué de deux façons différentes. Tantôt la maîtresse survivante le fera valoir en même temps qu'un préjudice matériel, causé par la cessation des subsides qu'elle recevait, pour obtenir une indemnité plus forte. Tantôt, dans l'hypothèse, qu'il ne faut pas exclure *a priori*, d'une femme vivant en union libre, ayant assez de ressources personnelles, pour ne pas être entretenue, le dommage moral sera la seule base de la prétention.

A de semblables demandes quelles réponses doivent être faites ?

La nature même du préjudice, la douleur, met-elle obstacle à l'admission de l'action ?

Si l'on se prononce négativement sur ce point préjudiciel, y a-t-il dans la situation même de la concubine des raisons de la débouter ?

Ces questions sont à examiner en jurisprudence ainsi que sur le terrain doctrinal, rationnel et juridique.

CHAPITRE PREMIER

LE PREJUDICE MORAL CONDITIONS DE SA REPARATION

Il faut d'abord rappeler la notion même du préjudice moral¹. A première vue on pourrait s'imaginer que le dommage matériel est le dommage corporel et le dommage moral, celui qui atteint seulement le domaine immatériel, invisible, des pensées et des sentiments, c'est-à-dire le dommage incorporel. Tel n'est pas le véritable sens des expressions envisagées. Au sujet de nombreux dommages corporels, en effet, on discute le point de savoir s'ils donnent lieu à réparation : ainsi les souffrances physiques consécutives à un accident, une blessure qui défigure. « Si l'on hésite, disent MM. Mazeaud², dans certains cas à permettre la réparation d'un préjudice, c'est que ce préjudice n'entraîne pour la victime aucune conséquence pécuniaire, aucune diminution de son patrimoine. Il faut donc dire : le préjudice matériel, c'est

1. Lalou, *La responsabilité civile*, 2^e édit., n° 149 et suiv. ; Demogue, *Obligations*, t. IV, n° 402 et suiv. ; Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, thèse, Paris, 1901 ; Roger Tribes, *Fondement et caractères de la réparation du préjudice moral*, thèse, Montpellier, 1932 ; Ganot, *La réparation du préjudice moral*, thèse, Paris, 1924.

2. *Traité de la responsabilité civile*, 1934, n° 293.

le préjudice patrimonial ; le préjudice moral, c'est le préjudice extra-patrimonial, non économique¹.

Cette conception est adoptée par les rédacteurs du projet de Code franco-italien des obligations et des contrats qui ont consacré un texte (l'art. 85) au dommage moral. Ils déclarent, dans leur rapport, que le préjudice moral, c'est « celui qui ne touche en aucune manière le patrimoine et cause seulement une douleur morale à la victime ». Ainsi une indemnité peut être allouée à la victime au cas d'atteinte à son honneur, à sa réputation, à sa liberté personnelle ; ainsi encore une indemnité peut être attribuée aux parents, alliés ou conjoint en réparation de la douleur éprouvée par suite de la mort de la victime.

Souvent, préjudice matériel et moral vont de pair. Un même fait entraîne perte pécuniaire et dommage moral on peut, du même coup, par une large fixation des dommages-intérêts, réparer le préjudice moral.

On voit ici s'opposer nettement deux catégories de dommages. D'une part, ceux qui atteignent ce qu'on a appelé « la partie sociale du patrimoine moral » : ils frappent un individu dans son honneur, sa réputation, sa considération ; d'autre part ceux qui atteignent « la partie effective du patrimoine moral » : il s'agit particulièrement de la douleur éprouvée du fait du décès d'une personne chère².

Ces deux groupes de préjudices moraux étaient aperçus dès le droit romain. Ihering³ a montré qu'une action en

1. En ce sens aussi : Jossierand, *Les transports*, 2^e édit., n° 906 ; Lalou, *op. cit.*, n° 149.

2. Ganot, *op. cit.*, p. 7 et suiv ; MM. Mazeaud, *op. cit.*, n° 295.

3. *De l'intérêt dans les contrats et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires*, 1880, chap. 3 : *Intérêts non économiques reconnus et protégés par le droit romain* : *Oeuvres choisies traduction Meulanaere*, t. II, p. 164 et suiv. ; MM. Mazeaud, *op. cit.*, p. 319.

réparation était donnée à ceux qui souffraient dans l'affection qu'ils avaient pour leur famille, dans l'*affectio pietatis* qu'ils devaient au testateur, dans la sympathie qu'ils éprouvaient pour des étrangers, dans l'amour qu'ils professaient pour la chose publique, — à ceux qui souffraient ou étaient blessés, quand même leur capacité de travail restait entière — à ceux qui étaient frappés dans leurs sentiments religieux ou dans leur honneur. La jurisprudence romaine en était arrivée à cette idée que, dans la vie humaine, la notion de valeur ne consiste pas en argent seulement, qu'au contraire il y a, outre l'argent, d'autres biens auxquels l'homme civilisé attribue une valeur et qu'il veut voir protéger par le droit. De l'énumération qui précède il résulte qu'une valeur était reconnue à la partie affective comme à la partie sociale du patrimoine moral. MM. Mazeaud¹ opposent, sous un certain aspect, les dommages moraux de nature sociale aux dommages moraux de nature affective. Les premiers sont presque toujours liés dans une certaine mesure à un dommage pécuniaire : la déconsidération jetée sur une personne risque de la frapper pécuniairement, soit en l'obligeant à abandonner sa situation, soit en compromettant son avenir ou celui de ses enfants, soit en faisant périlcliter son commerce ou son industrie. Aussi ne fait-on guère de difficulté pour admettre alors une réparation : le législateur lui-même montre la voie par les dispositions concernant la diffamation². Au contraire on a hésité à indemniser la lésion des sentiments d'affection, lorsqu'ils se montrent purs de tout alliage pécuniaire.

A la vérité, cette hésitation n'est nullement provo-

1. *Op. cit.*,

2. Mazeaud, *loc. cit.*

quée par l'art. 1382 du Code civil qui dispose en termes très généraux que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Un dommage peut être moral aussi bien que pécuniaire.

Mais, précisément, la généralité même du texte va autoriser la réparation de tous les préjudices moraux. Aucune disposition légale, aucune raison de droit ne commandent une sélection pour une telle réparation. C'est une question de fait ¹. Est-il donc possible d'admettre à indemnité toutes les personnes qui subissent une douleur ? Cette facilité même ne favoriserait-elle pas des tentatives de spéculation de la part de demandeurs cherchant à monnayer une douleur plus ou moins problématique ?

Au surplus, comment évaluer en argent, en l'absence de toute commune mesure, une blessure d'affection ?

La difficulté d'une appréciation fut longtemps en jurisprudence la cause du refus de toute réparation pour le préjudice moral résultant de l'atteinte à l'intérêt d'affection. On pensait que l'impossibilité de l'évaluer à prix d'argent lui enlevait tout caractère de certitude. On ajoutait qu'il y avait quelque chose de répugnant à soumettre à une estimation commerciale l'affection unissant le demandeur à la victime, à avilir ainsi un sentiment noble et désintéressé.

Aujourd'hui l'on s'embarrasse moins de ces scrupules et l'on ne doute plus de la possibilité d'établir avec certitude la réalité d'un sentiment affectueux. « Précisément parce que le dommage moral est en dehors du domaine pécuniaire, disent MM. Mazeaud ², sa réalité apparaît

1. Lalou note Dalloz, 1923-1-52.

2. *Traité de la responsabilité civile*, 1934, n° 296.

souvent beaucoup plus facilement que celle du dommage matériel : tandis qu'il est parfois délicat de savoir si un fait entraîne pour quelqu'un une perte en argent, on saisit, au contraire, tout de suite l'existence d'une atteinte à l'honneur ou aux sentiments d'affection. La difficulté est d'autant moins grande que, généralement, le préjudice moral est présent, et que, par suite, la victime ne risque pas de se voir opposer le caractère éventuel, hypothétique du dommage dont elle demande réparation ». Peut-être y a-t-il quelque exagération dans cette manière de voir. Dans nombre de cas le retentissement d'un fait sur le patrimoine sera beaucoup plus facile à discerner que la douleur vraie. Celle-ci peut être feinte et il est à craindre qu'elle le soit d'autant plus volontiers qu'elle servira de fondement à une action en indemnité. Comment juger avec certitude de la réalité profonde d'un phénomène psychologique ? La souffrance morale, la lésion de l'intérêt d'affection, étant quelque chose de particulièrement intime, apparaîtra bien moins clairement que l'atteinte à l'honneur et à la considération.

Ce qu'il faut pourtant retenir des observations de MM. Mazeaud, c'est le caractère généralement présent de la blessure d'affection, comme de l'atteinte à l'honneur, et son contraste possible avec le caractère éventuel et hypothétique du dommage patrimonial.

En tout cas ce serait pousser trop loin le pessimisme que de dire qu'il n'y a pas de douleur sincère et profonde qui puisse se constater d'une manière certaine. Si cette constatation est possible, il n'y a donc pas d'objection de principe à faire, de ce chef, à la réparation d'un intérêt lésé d'affection.

Toutefois l'on aperçoit toujours les dangers d'une

excessive multiplication des demandes de réparation d'un préjudice moral. On cherche dès lors à les limiter. Mais où trouver un principe de limitation¹ ?

On ne saurait exiger ici la lésion d'un droit comme condition nécessaire de l'action. La douleur est un fait. Elle n'a rien à voir avec la question de savoir si celui qui l'approuve avait un lien légal avec la victime. L'existence d'une situation juridique se réfère seulement à la réparation du préjudice matériel, car elle sert alors à préciser la définition de ce préjudice. Mais une blessure d'affection apparaît sur un plan absolument différent. On ne peut même pas dire qu'elle est la lésion d'un intérêt affectueux, les mots jurent. La distinction du droit lésé et de l'intérêt lésé est, en la matière, hors de propos. En ce sens large on peut dire que le droit à l'affection appartient à tout le monde, ce qui ne signifie pas d'ailleurs que tous les sentiments blessés mériteront réparation.

Une limitation aux demandes d'indemnité ne sera possible qu'à deux points de vue : celui de la preuve même du dommage moral, celui de la légitimité de l'affection.

La nécessité de la preuve réduira la liste des demandeurs. Chacun ayant avantage à se poser en victime morale, le juge demeurera sceptique, sauf dans les cas où l'affection paraîtra naturelle et où, pour éviter des débats gênants, il voudra même la présumer.

D'autre part toute affection ne sera pas accueillie en justice. De même que la réparation du dommage matériel exige la lésion d'un intérêt légitime, de même et *a fortiori*

1. Mazeaud, « Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation du préjudice moral à la suite d'un accident mortel », *Dalloz Hebdomadaire*, 1932-77.

la douleur ne pourra être utilement invoquée que si elle naît de la rupture d'une situation légitime, conforme à la loi et à la morale.

Cette opinion n'a pas été sans susciter quelques critiques de la part de la doctrine, et notamment M. Henri Moreau dans un fort intéressant article ¹, sur la question, se livre à une critique assez vive des idées émises par MM. Mazeaud ² à qui il reproche de manquer de fermeté dans son raisonnement et dans sa conclusion.

Analysons donc brièvement l'article de M. Moreau, nous pourrions peut-être apporter ainsi un peu plus de lumière sur ce problème si délicat des conditions de réparation du préjudice moral.

Dans un article précédent ³, M. Moreau, cherchant à rester sur le terrain juridique, s'efforçait d'établir et de préciser la notion du préjudice et ses conditions de réparation.

Ce qu'il reproche à M. Mazeaud c'est de considérer les décisions juridiques principalement dans leurs conséquences pratiques et de les critiquer, moins comme négligeant la véritable nature des choses que comme susceptibles de résultats fâcheux. En un mot, d'après lui, M. Mazeaud envisagerait moins la question sous le jour d'un problème à résoudre à l'aide de principes et du raisonnement logique, que sous celui d'une situation de fait fort judiciaire, un peu comme l'ancienne médecine traitait les maladies d'après les symptômes.

Il lui reproche en outre de n'avoir pas jugé à propos

1. H. Moreau, *A propos de la notion de préjudice en matière de responsabilité pour accident causé à des tiers*.

2. H. Mazeaud, « Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un accident mortel ». *Dalloz Hebdomadaire*, 1932-77.

3. H. Moreau, *Semaine juridique*, 1932, p. 561.

d'examiner ni la nature de ce préjudice, ni le fondement qu'il pouvait offrir à une demande en réparation. M. Moreau pense qu'il y a entre la notion de préjudice moral et celle d'indemnité incompatibilité intellectuelle, juridique et pratique.

Il critique également, dans cet article, la notion « droit à l'affection » dont parle M. Mazeaud ; pour lui l'affection ne s'exige ni ne s'impose. On peut y avoir des titres, mais non « des droits », parce que le sentiment n'obéit ni à la raison, ni à la contrainte. Mais il est possible que la pensée de M. Mazeaud soit tout autre, et que par les mots « droits à l'affection » il ait voulu parler de la légitimité de celle-ci : Cela expliquerait qu'il déclare « que si la concubine éprouve parfois une douleur sincère de la mort de son concubin, du moins sa douleur n'est-elle pas légitime, parce qu'elle prend sa source dans une situation immorale ». Ce n'est pas à l'affection, que l'on peut demander d'être légitime, mais plutôt à sa manifestation. La douleur de la concubine n'a nécessairement ni pour cause, ni pour source, le concubinat, mais plus certainement la disparition d'un ami, ce qui la rend *in se* parfaitement légitime, seulement elle se manifeste dans le cadre du concubinat, et c'est là ce qui, aux yeux de M. Mazeaud, lui enlèvera sa valeur efficiente.

La véritable conclusion de M. Mazeaud est un appel au législateur, *il émet le vœu* d'un texte qui institue légalement la « cohésion familiale » et qui désigne la personne, qui la fera, une foi pour toutes, valoir en la circonstance.

C'est à cette conclusion surtout que M. Moreau s'attaque dans les termes que voici ¹. « Cette conception est d'une indéniable hauteur morale, mais j'ai peine à croire que M. Mazeaud n'ait pas eu conscience des objections

1. H. Moreau, Article cité.

auxquelles elle se heurte ni mesuré leur gravité, et s'il a aperçu les unes et mesuré l'autre, j'ai regret à constater qu'il n'y fait même pas allusion. D'une manière générale, c'est un triste expédient juridique que ces appels adressés au législateur toutes les fois que l'on se trouve en difficulté, et surtout quand se voyant ou se croyant pris entre deux principes, on lui demande d'intervenir pour sacrifier l'un à l'autre. C'est aussi un jeu dangereux, parce que notre édifice législatif ne peut avoir de solidité, de valeur et de sens qu'à la condition de rester harmonieusement homogène ... »

M. Mazeaud n'adopte pas l'opinion au moins hasardée qui fait découler de l'idée de « droit familial » non plus une indemnité, mais une vengeance sous forme de pénalité civile, mais il s'en tient à la notion de dommages et intérêts, il croit à la lésion du « patrimoine familial » constitué par « l'amour et l'affection qui unissent les uns aux autres les parents et alliés ».

C'est cette idée que M. Moreau s'efforce de réfuter en ces termes « Assistons-nous à une résurrection occasionnelle du *pater familias* sorti d'ailleurs du cadre dans lequel il pouvait se comprendre ? ou bien veut-on instituer une anomalie telle qu'elle ne se produirait qu'à l'égard du patrimoine affection » ?

C'est donc la question de l'attribution et de la répartition de l'indemnité obtenue qui fait l'objet des critiques de M. Moreau.

Sans prendre parti dans cette discussion doctrinale, nous l'avons seulement relatée pour montrer combien est complexe et délicate la notion de réparation du préjudice moral, et surtout du préjudice moral d'affection.

Ces idées ont été mises en œuvre par la jurisprudence et la doctrine.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE

Si divisée quant à la réparation du préjudice matériel subi par la concubine, la jurisprudence est à peu près unanime à lui refuser réparation du préjudice moral.

Une certaine opposition s'affirme cependant entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle des tribunaux civils.

Le Conseil d'Etat n'admet pas, en principe, et quel que soit le demandeur, l'indemnisation du dommage moral. Au contraire la jurisprudence civile, qui admet en règle générale cette réparation, en écarte la maîtresse survivante pour défaut d'intérêt légitime et respectable.

I. Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat paraît décidé à ne tenir compte que du préjudice matériel, à refuser toute réparation du préjudice moral, du moins quand il se présente seul¹.

S'il y a mélange de dommage matériel et de dommage

1. Conseil d'Etat, 24 mars 1916, D., 1922-3-22 ; 25 juillet 1919, D., 1920-3-1 ; 1^{er} juillet 1927, Sirey, 1927-3-105 note Hauriou ; 24 janvier 1931, Dalloz, 1931-3-71. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Latournerie. V. aussi : Conclusions Andrieux sous Conseil d'Etat, 11 mai 1928, Sirey, 1928-3-97.

moral, il décide que compte peut être tenu de ce dernier. « Si la douleur éprouvée par les père et mère, dit l'arrêt du 25 juillet 1919, ne constitue pas en elle-même un élément de préjudice évaluable, il appartient au juge, pour la détermination de l'indemnité à laquelle ils ont droit, de faire état des troubles de toute nature apportés dans les conditions d'existence des survivants et susceptibles d'aggraver, à leur égard, les conséquences de l'accident ».

Mais, s'il y a seulement dommage moral, il n'y a pas de réparation. « Même en présence d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dit l'arrêt du 1^{er} juillet 1927, il ne saurait rien être alloué au requérant à titre de réparation, puisqu'il n'a éprouvé aucun dommage matériel ».

Cette règle s'applique particulièrement à la concubine. L'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mai 1928, refuse à celle-ci, nous l'avons vu, la réparation du préjudice matériel, par ce motif que le défunt n'avait envers elle ni obligation alimentaire ni même aucun lien juridique. L'action en réparation matérielle d'un accident mortel doit être basée sur une situation juridique. La survivante pourrait-elle arguer de sa situation de fait pour obtenir indemnité du préjudice moral ? Les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Andrieux, dans cette espèce, font ressortir une considération très intéressante à cet égard.

Quoique la jurisprudence civile sur la concubine lui paraisse résulter nécessairement de la portée générale attribuée à l'art. 1382 et des principes juridiques d'interprétation admis, il ne propose pas cependant de reconnaître le droit invoqué par la concubine, parce que, pour admettre des droits à dommages-intérêts en l'absence de tous liens juridiques, il faudrait abandonner la jurisprudence du Conseil d'Etat refusant de sanction-

ner un préjudice moral. La concubine, n'étant pas créancière, ne peut subir qu'un dommage moral. Un tel dommage est l'unique objet de sa prétention. Or sa réparation, quand il se présente seul, et c'est le cas, n'est pas admise.

II. *Jurisprudence civile*

La jurisprudence civile admet l'indemnisation du préjudice moral, même s'il se présente seul, mais elle exige que ce dommage soit certain et atteigne une affection légitime.

La Cour de cassation a posé en principe que tout dommage moral certain doit être réparé. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 avril 1922 accorde des dommages-intérêts pour la douleur subie par un emarâtre du fait de la mort de sa belle-fille. « En présence de la généralité des termes de l'art. 1382, dit cette décision, la Cour d'appel a pu déduire des circonstances que même à défaut d'un lien du sang la demande est fondée sur un intérêt légitime d'affection »¹.

Cependant un arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 février 1931, indique un revirement. Il décide que « si l'art. 1382 par sa généralité s'applique au dommage moral, encore faut-il que l'action soit basée sur un intérêt d'affection né du lien de parenté ou d'alliance qui unissait la victime à ceux des ayants droit qui en demandent réparation »². Cet arrêt semble avoir cédé au même souci de limitation des demandes qui a porté la doctrine aux distinctions arbitraires que nous verrons.

Quant à la jurisprudence des Cours d'appel, elle

1. Cass. req., 10 avril 1922, Dalloz, 1923-1-52.

2. Cass. req., 2 février 1931, Dalloz, 1931-1-38. Rapport de M. le Conseiller Pilon.

répare le dommage moral tout comme le dommage matériel, et, notamment, le dommage moral résultant de l'atteinte portée à un sentiment d'affection. Elle cherche dans toutes les circonstances de la cause, dans les relations passées du demandeur et de la victime, des preuves de la réalité de ce dommage, c'est-à-dire de la douleur éprouvée. Elle admet, en dehors du cercle familial, par exemple, l'action des fiancés¹ ou des personnes qui, bien que n'ayant avec un enfant aucun lien de parenté légal, l'ont élevé comme leur propre fils². Mais elle repousse toutes les demandes dans lesquelles une douleur profonde n'est pas établie. Ainsi une épouse est admise à réparation si elle a été cruellement blessée dans son affection par la mort accidentelle de son mari ; mais si des difficultés survenues autrefois dans le ménage ont conduit les époux à se séparer, ou l'un d'eux à réclamer le divorce, il y a lieu de penser que la perte de l'un d'eux n'est pas pour l'autre une catastrophe, et que, s'il en éprouve quelque chagrin, il ne ressent pas cette douleur profonde, justifiant seule la réparation³.

Non seulement, pour comporter une réparation, le dommage moral doit être prouvé, certain, grave, mais encore il doit porter atteinte à des sentiments légitimes.

C'est une règle générale posée par la jurisprudence pour l'exercice des actions en justice : à défaut d'intérêt pécuniaire, il faut avoir un intérêt moral légitime⁴.

1. Cour d'assises Dordogne, 24 mai 1930, Dalloz, 1930-2-133 note Lalou.

2. Nîmes, 3 avril 1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-54.

3. Trib. Seine, 12 février 1931, D., 1931-2-57 note Voirin ; Paris, 18 mars 1932, D., 1932-2-88 note Voirin ; Lille, 29 avril 1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-190.

4. Cass. req., 29 octobre 1931, Dalloz 1922-1-163. Voir Labbé, note Sirey, 1879-1-192. Hauriou note Sirey, 1928-3-98 ; Pilon rapport Dalloz, 1931-1-38 ; Marty, note Sirey, 1931-149 ; Josserand, Dalloz Hebdomadaire 1932, p. 48.

Or la jurisprudence civile, si incertaine quand il s'agit de faire jouer cette condition dans la sphère du préjudice matériel, en affirme ici au contraire la nécessité.

Presque aucune décision n'accorde réparation du dommage moral à la concubine. Il n'y a pas d'objection à la possibilité d'une douleur réelle et sincère de cette dernière. Mais, cette souffrance n'est pas considérée comme la lésion d'un intérêt légitime et respectable.

M. Voirin¹ a reproché à tort à un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1930 d'avoir indemnisé une concubine pour un préjudice moral. Cet arrêt prend soin de ne motiver sa décision que par le préjudice matériel. Il est en plein accord avec l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 avril 1922, exigeant que l'intérêt d'affection lésé soit respectable².

La seule Cour de Rennes, le 8 juillet 1931, a admis la réparation d'un dommage moral éprouvé par la concubine. « Considérant que... la veuve B., a également été atteinte au point de vue moral dans ses plus chères affections ; que depuis huit ans elle avait associé sa vie à celle d'un compagnon qui avait consenti à la recueillir et à travailler pour elle et pour ses enfants, comme l'aurait pu faire un mari et un père, pour qui, par suite, elle éprouvait une tendre et profonde reconnaissance ; qu'à ce point de vue encore la veuve B., est recevable à demander la réparation du préjudice par elle souffert »³. Cette décision n'a pas manqué de faire scandale, surtout par les termes qu'elle employait. On peut cependant observer que, dans l'espèce, réparation n'était pas accor-

1. Note Dalloz, 1930-1-49 sous Cass. crim., 28 février 1930.

2. Cass. req., 10 avril 1922, Dalloz, 1923-1-52 note Lalou.

3. Rennes, 8 juillet 1931, Sirey, 1932-2-18, *Revue générale des assurances terrestres*, 1932-88 note Maurice Picard.

dée uniquement à un préjudice moral, mais à un tel dommage mélangé de dommages matériel. Même de ce dernier chef, sans doute, l'arrêt n'échappait pas à la critique. Mais cette circonstance est propre à en atténuer la portée morale.

La jurisprudence qui, sauf l'unique et malencontreuse exception qui vient d'être indiquée, refuse à la concubine réparation du préjudice moral, peut être rapprochée de la jurisprudence concernant des matières plus ou moins voisines.

Elle s'oppose, d'abord, à la jurisprudence (celle de la Cour de cassation et de la plupart des Cours d'appel) qui accorde à la concubine réparation du préjudice matériel. S'il s'agit de ce dernier dommage, elle fait abstraction de l'illégitimité de l'intérêt ; s'il s'agit, au contraire, du dommage moral, cette illégitimité même motive le rejet de l'action. On ne peut s'empêcher de souligner cette incohérence et cette contradiction. Un intérêt est légitime ou illégitime : dans le premier cas, la demande doit toujours être accueillie, dans le second cas elle ne doit l'être jamais. La logique est d'accord avec une manière de voir qui rejette la réparation de tout préjudice, matériel ou moral, de la concubine. Mais elle ne saurait ratifier une solution qui ne tient compte de l'illégitimité que pour une seule nature de dommage.

La pensée profonde de la jurisprudence est ici une pensée d'équité et d'assistance. On veut bien ignorer l'illégitimité de la situation quand il est seulement question d'assurer à la concubine la continuation de l'entretien dont elle bénéficiait ; mais on ne simule plus cette ignorance quand elle conduirait, par l'admission de

l'intérêt moral de la concubine comme fondement d'indemnité, à rendre en quelque sorte honneur à l'union libre.

Alors une autre comparaison s'offre entre la jurisprudence relative à notre sujet et la jurisprudence relative aux libéralités entre concubins. Les arrêts n'annulent ces libéralités que lorsqu'elles apparaissent comme le salaire du vice ; elles sont déclarées valables si elles ont pour cause l'affection. Une dissociation très subtile de la communauté de lit et de la communauté de vie est opérée par les tribunaux. Ainsi l'intérêt moral est reconnu en matière de libéralités et l'analyse de la cause de la libéralité permet de dire que cet intérêt peut être licite. Au contraire, si la concubine invoque l'intérêt moral contre le tiers auteurs de l'accident, ce même intérêt est toujours regardé comme illicite.

Cette différence s'explique par la divergence même des situations. Dans la limite des règles protectrices de la famille légitime, et sous quelques autres réserves qui ne nous intéressent pas ici, toute personne a le droit de faire à une autre une libéralité. Permisses entre étrangers, celles-ci sont aussi permises, en principe, entre concubins qui sont légalement étrangers. Telle est, au fond, nous semble-t-il, l'idée de la jurisprudence qui recherche si l'auteur de la libéralité a simplement entendu rémunérer le vice, ou si, au contraire, il a obéi à un mouvement d'affection pouvant inspirer même des amis non concubins. Sans doute cette séparation de la communauté de lit et de la communauté de vie, de l'existence sensuelle et de l'existence affectueuse, est bien spécieuse. On conçoit pourtant que les tribunaux fassent intervenir une telle construction afin de ne pas arriver à cette conclusion que le fait du concubinat serait une cause de déchéance

du droit de disposer et de recevoir à titre gratuit.

En matière de libéralités, l'intérêt d'affection est donc pris en considération pour la reconnaissance et la validité de la disposition. Tantôt on la qualifie d'illégitime, tantôt de légitime. Mais si la concubine se prévaut, contre le tiers auteur de l'accident, de ce même intérêt d'affection, sa position est très différente. Elle ne l'invoque plus pour éviter la déchéance du droit qu'elle puise dans un titre de libéralité, elle l'invoque pour faire naître à son profit un droit contre le tiers. Or, l'on peut admettre que le concubinat produise effet contre les concubins (ils n'ont que ce qu'ils méritent), qu'il ait aussi certaine efficacité entre les concubins eux-mêmes, mais il est inadmissible qu'il forme la justification d'une demande contre les tiers. Aucune analyse ne jouera alors pour restreindre l'objection tirée de l'illégitimité de l'intérêt moral ; cette objection sera péremptoire.

Ce serait rendre honneur à la concubine, et assimiler l'union libre au mariage, que de condamner le tiers à réparer le dommage moral.

D'une telle assimilation, à laquelle aboutit cependant, dans le domaine de la réparation matérielle, la jurisprudence se détourne franchement dans le domaine de la réparation morale.

Et c'est ici le lieu d'une dernière confrontation : celle de la jurisprudence au sujet du préjudice moral et de la jurisprudence ayant pour objet les legs de l'usage d'un caveau funéraire.

Certains arrêts, commentés et approuvés par la doctrine, notamment par M. Solus¹, ont annulé le legs d'une case

1. Paris, 2 janvier 1934, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1934, p. 440. Observations de M. Solus. V. aussi le commentaire de M. Solus dans même revue, 1928, p. 705 et 943.

de caveau funéraire fait par le concessionnaire, d'ailleurs marié et père de famille, à sa concubine. Sans doute l'affectation à l'usage de la famille, établie dans l'acte de concession, commandait cette solution. Mais les tribunaux ont en outre motivé leurs décisions d'une manière expresse sur « le respect dû aux sépultures ». C'est assurément là, nous l'avons montré dans les premières pages de ce travail, une condamnation morale de la concubine et l'affirmation non douteuse qu'il ne faut pas prendre en considération son intérêt moral.

S'agissant de legs de caveau funéraire, ou une question de respect et d'honneur est surtout en jeu, l'intérêt d'affection n'est pas suffisant pour valider la libéralité. Ni le concubin, auteur d'une semblable libéralité, ni la concubine ne sont admis à se prévaloir de cet intérêt. Dans les rapports des concubins eux-mêmes et de leurs familles respectives, l'affection ne peut plus avoir aucune expression juridique. A plus forte raison cette affection ne saurait-elle appuyer la prétention qu'aurait la maîtresse survivante de se faire indemniser de la mort de son ami par le tiers auteur de l'accident.

Ces divers raccordements entre plusieurs catégories de décisions judiciaires montrent qu'une même idée — celle de la désapprobation morale de l'union libre — sert, au fond, à la jurisprudence, si subtile pour expliquer sa générosité quant à la réparation du dommage matériel, lorsqu'il s'agit de refuser réparation du dommage moral de la concubine.

CHAPITRE III

JUSTIFICATION DE LA JURISPRUDENCE LA DOCTRINE

La quasi-unanimité et la simplicité mêmes des décisions jurisprudentielles, ainsi que l'approbation de ces dernières par toute la doctrine, indiquent que le rejet de l'action de la concubine, en réparation du dommage moral, est une solution en quelque sorte évidente à tous les esprits.

Cette solution nous l'admettons nous-même sans hésitation. Mais nous voudrions en montrer le bien fondé d'une manière précise en nous inspirant des diverses idées déjà suivies au cours de ce travail.

D'abord la nature même du préjudice moral s'oppose-t-elle à la prétention de la concubine ?

Puis par quels motifs convient-il exactement de repousser cette prétention ?

La réparation du préjudice moral est, en principe, admise aujourd'hui par tout le monde. Elle l'est facilement s'il s'agit d'atteinte à l'honneur et à la considération, difficilement s'il s'agit d'une atteinte à la partie affective du patrimoine moral.

Pour le dommage moral résultant de l'atteinte portée

à l'affection, la doctrine est assez divisée. Certains auteurs n'accordent le droit à réparation qu'à ceux qui avaient un lien d'obligation alimentaire avec la victime, éliminant donc les collatéraux¹. D'autres² ne l'accordent qu'aux très proches parents (conjoint, ascendants, descendants) ou même à tous les parents au degré successible³. Mais la plupart restreignent seulement ce droit aux parents et aux alliés⁴. Ces limitations, on l'a observé justement⁵, sont un vestige de l'idée de vengeance familiale et de peine privée, ainsi que l'opinion d'après laquelle il y aurait une hiérarchie entre les membres de la famille et l'action serait ouverte dans l'ordre successoral pour ne pas risquer d'aboutir à un total exagéré ou de réduire chaque indemnité à rien en l'accordant à tous. Ces restrictions sont purement arbitraires. Elles posent des limites au préjudice moral qui n'en comporte pas à cet égard. Le degré rapproché de parenté n'est pas un gage d'affection réciproque, non plus que la parenté elle-même. L'affection peut unir des personnes non parentes. La douleur peut-être, partout, présente ou absente. Si l'on considérait qu'il y ait en la matière un droit lésé, on ne voit pas pourquoi ce droit serait limité au cercle familial.

Cette doctrine semble du reste impliquer qu'il doit exister, pour la réparation du préjudice moral, un lien légal plus ou moins étroit entre le demandeur et la victime, sinon un rapport d'obligation alimentaire, du moins une relation civile de parenté. Or, nous l'avons

1. Cités par Demogue, *Obligations*, IV, n° 414.

2. Dorville cité par Ganot, *loc. cit.*, p. 71.

3. Perreau, *Revue trimestrielle droit civil*, 1909, p. 511-513.

4. V. Planiol, Ripert, Esmein, VI, n° 549.

5. Planiol, Ripert, Esmein, *loc. cit.*

dit, la question d'indemnité du dommage moral se présente sur un plan tout autre que celui de la distinction de la situation juridique et de la situation de fait. La douleur est un fait qui peut frapper tout le monde.

Il n'en résulte pas que toute personne qui souffre moralement de la mort d'une autre doive triompher dans sa demande en réparation. Mais on ne sera pas autorisé à objecter à un demandeur le simple caractère de fait de sa situation. Les seules objections à lui faire seront tirées de l'inexistence du dommage moral, c'est-à-dire de la douleur, ou de l'illégitimité, au regard de la morale et de l'ordre public, de cette douleur elle-même. Cette dernière observation, trop elliptique, appelle d'ailleurs une précision. La souffrance morale, phénomène psychologique, ne saurait être, en son essence, ni légitime, ni illégitime. Ce qui peut être contraire à la morale ou à l'ordre public, c'est l'indemnisation de cette souffrance.

C'est en ces termes que se pose, particulièrement pour la concubine, le problème de la réparation de l'affection lésée.

On simplifie ces termes eux-mêmes en disant que l'intérêt moral invoqué doit être certain et légitime.

Lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice matériel dont se plaint la concubine, la jurisprudence, afin de déterminer le caractère certain ou incertain de l'intérêt, se demande principalement si l'union a été stable ou instable. Au cas de stabilité, elle présume que les relations se seraient perpétuées et que, par suite, la maîtresse aurait continué à être entretenue. L'accident a brisé une situation qui promettait de durer. L'intérêt est considéré comme certain.

S'il est question de préjudice moral, la durée passée de l'union, son apparence sérieuse, l'image même du mariage qu'elle offrait, n'importent plus. Réparation a été refusée même à l'épouse survivante dont la douleur ne semblait pas profonde. Il sera permis de se montrer plus exigeant pour la maîtresse survivante.

La certitude et la gravité de la douleur de la concubine pourront être établies par toutes les circonstances, antérieures ou postérieures à l'accident. Cette preuve ne sera nullement chimérique. On pourra utiliser la distinction, opérée par la jurisprudence, en matière de libéralités entre concubins, de la communauté de lit et de la communauté de vie, d'affection, de reconnaissance ; on pourra faire intervenir la considération d'une certaine volonté nuptiale dans le faux ménage ; on pourra s'attacher à toutes les expressions non douteuses d'une souffrance sincère et profonde. A certains égards il sera peut-être moins difficile, parfois, de démontrer la lésion morale de la concubine que la lésion matérielle. Car, pour reprendre ici l'observation de M. Mazeaud, la douleur est présente, alors que le préjudice matériel peut être très hypothétique. Il sera possible qu'on se demande si l'union était assez stable pour qu'on presume sa durée dans l'avenir et la perpétuation des subsides du concubin et que, cependant, on se trouve en présence d'une manifestation évidente d'une grande douleur de l'amie survivante.

La difficulté de la réparation du préjudice moral de la concubine ne provient donc pas de l'impossibilité où l'on se trouverait d'en établir la réalité. L'intérêt moral peut être prouvé.

Mais l'intérêt de la concubine est-il légitime ? La

souffrance ne mérite, en soi, jamais réprobation. La réparation civile de cette souffrance ne ferait-elle pas échec à la morale et à l'ordre public ? Telles sont les données exactes de la question. C'est au nom de la morale et de l'ordre public que la jurisprudence rejette l'action de la concubine fondée sur le préjudice moral. Cette solution est juste, mais il ne suffit pas de la poser en postulat : encore faut-il la justifier.

Toute la doctrine, qui s'appuie sur l'illégitimité de l'union libre pour repousser l'action de la concubine sur le domaine de la réparation matérielle, rejette *a fortiori* cette action, dans le domaine de la réparation morale¹.

Il serait choquant, affirment les auteurs, de tenir compte de toutes les douleurs. Il en est qui, même profondes, ne sont pas respectables. Elles existent, mais ne devraient pas exister ; elles heurtent la morale et les convenances. Le droit ne saurait donc les protéger. L'exacte affirmation doctrinale appelle elle-même précision et justification.

Il convient de rappeler ici les considérations que nous avons émises quant à l'illégitimité du concubinat envisagé dans ses rapports avec la réparation du préjudice matériel. On peut concéder que toute union libre n'est pas, nécessairement et par elle-même, immorale. Certains concubins, en se mettant en ménage, en négligeant les formalités légales, n'ont pas pensé se réserver la possibilité d'une séparation à leur pure fantaisie ; ils ont obéi à des raisons, fâcheuses sans doute, mais dignes de consi-

1. Jossierand, Dalloz Hebdomadaire, 1932, p. 48 ; Hauriou, note Sirey, 1928-3-98 ; Pilon, rapport Dalloz, 1931-1-38 ; Marty, note Sirey, 1931-1-149-150 ; Lalou, *op. cit.*, 2^e édit., n° 158-164 ; Desiry, *op. cit.*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932, p. 503 et suiv. ; Voirin, note Dalloz, 1930-1-49 ; Mazeaud, *op. cit.*, n° 327.

dération sous l'aspect moral, d'économie de temps ou d'argent ; ils ont conclu ce qu'on aurait appelé en d'autre temps un mariage consensuel, ils ont une volonté nuptiale à laquelle ils ont eu la maladresse de ne pas donner l'expression légalement suffisante. Ces concubins-là sont à mettre à part dans une appréciation de moralité.

Pour tirer argument contre les concubines, quelles qu'elles soient, de l'illégitimité du concubinat, il est donc préférable d'envisager cette illégitimité, non au point de vue de la morale pure, mais au point de vue de son irrégularité sociale et légale. L'union libre est contraire aux règles d'organisation de la famille établies par la loi. Attribuer à la concubine réparation d'un préjudice à elle causé par la mort de son amant, c'est l'assimiler à l'épouse, c'est mettre sur le même pied le concubinat et le mariage. Or cette assimilation est en elle-même contraire à l'ordre public, soit qu'il s'agisse de réparer un préjudice matériel, soit, et à plus forte raison, qu'il s'agisse d'indemniser une blessure d'affection.

A ce principe que l'illégitimité de l'union libre commande le rejet de l'action de la concubine, dans le domaine moral comme dans le domaine matériel, il importe d'ajouter deux observations.

La première se réfère à l'application de l'art. 7 de la loi du 9 avril 1898, modifié par la loi du 22 mars 1902. Aux termes de ce texte, on l'a vu, la victime ou ses représentants conservent, contre les auteurs de l'accident autres que le patron ou ses ouvriers et préposés, le droit de réclamer la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun. Par représentants de la victime il faut entendre même les personnes non parentes à qui le décès de la victime a causé un préjudice,

ce préjudice ne fût-il que moral. Dans cette interprétation, qui est fournie par un spécialiste de la matière des accidents du travail aussi autorisé que M. Sachet¹, est-ce que la concubine a droit, au cas de décès de son compagnon victime d'un accident de travail, à la réparation du préjudice matériel et moral qu'elle éprouve? L'indemnité pour préjudice matériel lui a été allouée par une décision judiciaire que nous avons relatée. La question d'une allocation à la concubine pour dommage moral en cette matière n'a pas été posée en jurisprudence. Il est à penser que la réparation d'un simple dommage moral, invoqué sans la coexistence d'un dommage matériel, serait rejetée pour défaut d'intérêt légitime. Alors, en effet, il ne s'agirait plus de répondre à une préoccupation d'assistance qui a été celle du législateur des accidents du travail, mais d'une assimilation de la maîtresse à l'épouse qui n'est, dans la sphère morale, voulue ni par la loi, ni par la jurisprudence.

Notre deuxième observation a trait à la distinction que nous avons établie entre la concubine dont la demande suppose une obligation d'assistance du concubin envers elle et la concubine fondant sa prétention sur une créance civile en réparation de séduction. La concubine, poussée à l'union libre par des manœuvres séductrices, a subi la lésion d'un véritable droit; l'indemniser n'est pas donner effet au concubinage, mais sanctionner la faute du séducteur dont l'obligation ne plus peut être exécutée par le fait du tiers auteur de l'accident. Lésée dans son droit, la survivante est à plus forte raison lésée dans un intérêt légitime. La réparation d'une séduction

1. Sachet, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail*, 7^e édit., 1926, p. 540 et suiv.

implique indemnité d'une lésion morale aussi bien que matérielle. Ce n'est pas en tant que concubine, mais en tant que séduite, qu'elle est indemnisée. L'ordre public commande alors la réparation du préjudice moral.

La situation de la concubine qui se prévaut du concubinat fait un contraste frappant avec la situation de la concubine qui se plaint de la séduction l'ayant amenée au concubinat. La première invoque un dommage moral de nature affective, mais non un dommage moral de nature sociale, puisque sa vie même avec le défunt impliquerait déconsidération sociale. L'ordre public s'oppose à la réparation du dommage même affectif. Au contraire la deuxième concubine, séduite, fait état d'un dommage qui est principalement de nature sociale ; la séduction l'a atteinte dans la partie sociale de son patrimoine moral. Alors même qu'elle ne serait pas blessée dans son affection elle sera donc, au nom même de l'ordre public, admise à réclamer une indemnité.

CONCLUSION

Il ne sera pas inutile de rappeler les idées maîtresses de cette étude et les solutions qu'elles ont inspirées.

Peut-on dire que l'union libre n'est pas, en soi et nécessairement, une situation immorale ? Elle l'est à coup sûr, si elle s'accompagne d'adultère. Elle l'est aussi si les amants ont entendu pouvoir se quitter au gré de leur caprice, si l'homme s'est ainsi réservé la liberté d'abandonner à sa fantaisie sa compagne et les enfants nés de leurs relations. Mais si les concubins ont négligé les formalités légales parce qu'ils les trouvaient gênantes, parce qu'ils pensaient faire une économie de temps et d'argent, parce qu'ils n'en comprenaient pas bien l'utilité familiale et sociale, s'ils ont eu, malgré tout, « la volonté nuptiale », leur union aurait pu, en d'autres temps et sous d'autres climats, être qualifiée de mariage consensuel. De semblables faux ménages sont maladroits beaucoup plus que condamnables en morale.

Mais, qu'il soit en règle avec la morale ou en désaccord plus ou moins violent avec elle, tout concubinat est une situation irrégulière. La solennité du mariage est exigée par notre loi en vue de sa preuve et de la légitimité des enfants. Les formalités préliminaires à cette solennité ont pour but d'inciter à la réflexion les futurs époux et de permettre des oppositions qui peuvent être opportunes. Les exigences légales sont dictées par la considé-

ration de l'intérêt de la famille et de la société. Ce sont des règles d'ordre public qui dominent la volonté des individus.

L'irrégularité de l'union libre est donc toujours, et en elle-même, contraire à l'ordre public. Elle ne saurait par conséquent être légalisée en quelque sorte par la reconnaissance d'une efficacité juridique quelconque.

Or, l'on aboutirait à une semblable légalisation si l'on admettait l'action en indemnité de la concubine lésée par un accident mortel survenu à son concubin. Accueillir sa prétention, ce serait l'assimiler à la veuve et faire du concubinat une institution matrimoniale de seconde zone.

Cette conclusion est exacte quelque soit le fondement juridique qu'on donne au droit à indemnité.

Exige-t-on la lésion d'un droit comme condition nécessaire de l'action en réparation ? Il faut dire alors que la concubine, n'ayant aucun droit à l'assistance de son ami n'est pas recevable à agir en indemnité à la suite de son décès accidentel. La jurisprudence de la Cour de cassation et de la majorité des Cours d'appel, qui reçoit l'action de la concubine, crée, de sa propre autorité, et contrairement à l'autorité du législateur, un lien légal d'assistance entre les concubins. Elle érige une situation de fait en situation juridique. Elle fait échec à l'ordre public.

Mais, dira-t-on, la jurisprudence dont il s'agit évite précisément cette conséquence choquante en décidant, en principe, que la lésion d'un simple intérêt est la condition suffisante d'une action en indemnité. La vérité est que l'atteinte à l'ordre public apparaît encore clairement dans cette conception elle-même. En effet la lésion d'un intérêt ne comporte indemnité que si cet intérêt est

certain et légitime. Or, s'il n'est pas impossible de prouver la réalité du dommage subi par la concubine, il reste que l'intérêt dont elle se prévaut est illégitime. Sanctionner l'intérêt qu'elle avait à être entretenue, c'est conférer au concubinat la valeur pratique du mariage, c'est mettre la maîtresse survivante et la veuve sur un pied d'égalité, c'est encourager l'union libre... Assimiler même dans le domaine de l'intérêt, le ménage irrégulier au mariage régulier constitue une méconnaissance de la volonté législative et un trouble social.

Soit que la lésion d'un droit, soit que la lésion d'un simple intérêt fonde l'action en indemnité, la concubine doit donc toujours être déboutée de sa demande. Il est permis d'ajouter, d'ailleurs, que, par le fait même qu'on lui accorde réparation, on donne protection juridique à son intérêt; on le métamorphose donc en un droit, puisque ce dernier est un intérêt juridiquement protégé. Ainsi parvient-on de toute manière à la légalisation d'une situation irrégulière et incompatible avec l'ordre public.

Mais ce n'est pas légaliser l'union libre que de sanctionner la créance civile d'une femme que des manœuvres séductives ont poussée au concubinat. L'action ne procède pas de l'union irrégulière, mais de la faute de l'homme qui a déterminé cette union. L'ordre public milite en faveur de l'indemnisation de la femme séduite. Celle-ci n'a pas seulement un intérêt légitime à invoquer, mais un véritable droit à faire valoir.

Nous avons mis en lumière les deux plans, complètement différents, sur lesquels la concubine peut agir après l'accident mortel. Ces deux plans ne se rencontrent qu'en ce point que l'action est postérieure à cet accident. Mais les demandes sont d'essences profondément distinctes.

D'une part, la concubine réclame réparation du dommage, matériel ou moral, que lui cause la mort de son ami, en la privant des subsides qu'elle avait reçus jusqu'alors. Elle se prévaut du concubinat, de sa qualité de femme entretenue extra-conjugalement, c'est-à-dire d'une situation irrégulière.

D'autre part la concubine n'agit pas comme concubine, mais comme femme séduite, et conduite au concubinat par la séduction. Loin de se prévaloir de l'union libre, elle se plaint d'y avoir été portée par une faute de l'homme. Cette faute a fait naître à son actif une créance civile de réparation, matérielle et morale, qu'elle pouvait invoquer du vivant même du concubin séducteur et qu'elle résout en dommages-intérêts après son décès. C'est le tiers, auteur de l'accident, qui a rendu impossible l'exécution du droit de la concubine contre le séducteur ; la concubine demande au tiers réparation de la lésion qu'il a ainsi faite à son droit. Seules les concubines qui démontreront qu'une séduction a été à l'origine de l'union libre pourront agir utilement contre le tiers.

Si la concubine se présente comme concubine, elle ne devra être indemnisée ni du préjudice matériel, ni, à plus forte raison, du préjudice moral. La jurisprudence qui lui accorde indemnité pour le dommage matériel n'a pas été jusqu'à l'indemniser du dommage moral. Nous avons établi que l'absence de lésion d'un droit, et même si l'on est en principe, moins exigeant, l'absence d'un intérêt légitime, doivent lui faire refuser réparation de n'importe quel préjudice.

Si la concubine se présente comme séduite, si elle prouve la séduction, elle donne à son action une base différente de celle de l'union libre ; elle demande répa-

ration d'une faute, génératrice à la fois de cette union ainsi que du dommage matériel et moral, qu'elle en a éprouvé. Atteinte dans son droit, dans ses légitimes intérêts, matériels et moraux, elle doit être indemnisée.

Cette distinction est non seulement juridique, mais encore morale et propre à dissuader de l'union libre. Car elle écarte de toute indemnité la femme d'expérience qui, loin d'être séduite, s'est librement résolue à vivre avec un homme d'une manière irrégulière.

Telles sont les positions juridiques auxquelles nous sommes parvenus. Il nous a fallu, pour les dégager, rechercher les principes de la responsabilité civile et situer la question dans une étude d'ensemble du concubinat. Nos conclusions mêmes nous ramènent à ces vues générales. Si l'on se demande, en effet, comment il est possible d'empêcher la multiplication des unions libres, on est amené à répondre qu'il convient de ne pas favoriser ces unions en leur attribuant une valeur juridique. Or l'on ne fait pas autre chose que de leur reconnaître une semblable valeur lorsqu'on accueille la prétention de la concubine au cas d'accident mortel survenu à son concubin. Pour inciter les individus à contracter une union régulière, il faut qu'on ne leur permette pas de se prévaloir contre les tiers des situations extra-matrimoniales. Les faux-ménages n'ont qu'à subir les conséquences de leur irrégularité ; ils ne sont pas fondés à invoquer celle-ci comme soutien d'une prétention juridique. La jurisprudence que nous avons critiquée nous apparaît ainsi comme un encouragement au concubinat. Au contraire la jurisprudence du Conseil d'Etat et d'une minorité de juridictions civiles décourage opportunément du concubinat.

Le législateur lui-même pourrait intervenir dans la lutte contre le développement des unions libres. « Le législateur, disent A. Colin et Capitant¹, doit travailler à en restreindre le nombre, et, pour cela, il doit rendre le mariage aussi simple, aussi facile, aussi peu coûteux que possible. C'est ce qu'avait très bien compris le droit canonique ; c'est en se plaçant à ce point de vue qu'il s'est montré si longtemps attaché au mariage consensuel en dépit de ses inconvénients et qu'il n'a jamais admis la nullité du mariage contracté par les enfants sans l'autorisation des parents. En suivant un système contraire, et en le poussant souvent à l'excès, le Code civil a fait fausse route. Il est temps de le reconnaître, surtout à une époque où la diminution de la natalité française rend encore plus désirable la multiplication des unions légitimes, seules favorables, la statistique le démontre, à une abondante procréation ». Il ne s'agirait pas, certainement, de revenir au système du mariage purement consensuel. La solennité a ses raisons d'être dans le domaine familial et social. Mais il conviendrait de simplifier au maximum cette solennité ainsi que les formalités qui lui sont préliminaires. Ainsi toute excuse serait retirée à ceux que la seule crainte du formalisme pousse à se placer en marge de la loi. Au lieu de se dire, comme aujourd'hui : « A quoi bon tous ces ennuis et ces dérangements », il se diraient : « C'est si peu de chose qu'il vaut mieux nous mettre en règle ». Seuls persévéraient dans la voie irrégulière ceux qui, guidés seulement par le plaisir et le vice, et ne considérant que la satisfaction de leurs passions, cherchent uniquement dans l'union libre la liberté de se quitter à leur fantaisie et le moyen

1. *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, 1921, p. 123.

d'échapper aux devoirs exigés par l'établissement d'un foyer. Leur situation, véritable révolte contre l'ordre social et la morale, deviendrait rapidement intenable s'il était établi qu'en aucun cas ils ne pourraient s'en prévaloir contre les tiers.

Vu, le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu, le Président de la Thèse,
Henry SOLUS.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris.
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

I

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BONNECASE. — *Précis de droit civil*, 1934.
COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil*, 1921.
DEMOGUE. — *Obligations*, II, 1923.
IHERING. — *Œuvres choisies*, traduction Menlenaeere, 1880.
JOSSEMAND. — *Cours de droit civil positif français*, 2^e édit.
LALOU. — *La responsabilité civile*, 2^e édit.
MAZEAUD (M.M.) — *Traité de la responsabilité civile*, 1934.
MUYART de VAUGLANS. — *Institutes au droit criminel*, 1757.
PLANIOU et RIPERT. — *Droit civil français*, t. II et VI, 1926.

II

OUVRAGES SPÉCIAUX

- ARBUS. — *Concessions dans les cimetières*, thèse, Paris, 1924.
BEUCHÈRE. — *Notion actuelle du concubinage*, thèse, Paris, 1932.
BALLE (le). — *Nature juridique du droit du concessionnaire de sépulture*, thèse, Paris, 1924.
BASDEVANT. — *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, thèse, Paris, 1900.
DENOIS de SAINT-MARG. — *Le concubinage. Sa notion. Ses effets*, thèse, Bordeaux, 1927.
DORVILLE. — *De l'intérêt moral dans les obligations*, thèse, Paris, 1901.
ESMEIN (A.). — *Le mariage en droit canonique*.
FOURNEL. — *Traité de la séduction*, 1781.
GANOT. — *La réparation du préjudice moral*, thèse, Paris, 1924.
GIDE (Paul). — *L'enfant naturel et la concubine dans la législation romaine*, 1885.

- GUINARD. — *Effets juridiques de l'union libre*, thèse, Paris, 1933.
- HÉMARD. — *Nullité des sociétés*, 2^e édit.
- JOURDAIN. — *Les faux ménages dans leurs relations avec les tiers et spécialement avec la famille légitime*, 1933.
- LANDRE. — *Le concubinage devant la loi et la jurisprudence modernes*, 1921.
- LIBOTTE. — *De l'état de concubinage*, 1921.
- MAZEAUD. — *La preuve intrinsèque*, thèse, Lyon, 1921.
- PERRET. — *Des ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel*, thèse, Paris, 1933.
- PEYTEL. — *L'union libre devant la loi*, thèse, Paris, 1904.
- PETRESCO. — *Droits des parents de la victime en cas d'accident de transport*, thèse, Paris, 1931.
- SACHET. — *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, 1926.
- TRIBES. — *Fondement et caractères de la réparation du préjudice moral*, thèse, Montpellier, 1932.

III

ARTICLES DE REVUES

- DESIRY. — « Les conséquences juridiques du concubinage en dehors de l'application de l'art. 340 Code civil », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932.
- ESMEIN (Paul). — « L'union libre », *Dalloz Hebdomadaire*, 1935.
- ESMEIN (A.). — « Le testament du mari et la donation ante nuptias », *Nouvelle Revue Historique*, 1884.
- JOSSERAND. — « L'avènement du concubinat », *Dalloz Hebdomadaire*, 1932.
- MAZEAUD. — « Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation du préjudice moral à la suite d'un accident mortel », *Dalloz Hebdomadaire*, 1932.
- MOREAU (H.). — « A propos de la notion de préjudice en matière de responsabilité pour accidents causés à des tiers », *Semaine Juridique*, 1932.
- ROUAST. — « Caractère alimentaire des indemnités d'accidents du travail », *Annales de l'Université de Paris*, 1930.
- SAVATIER. — « La transmission des sépultures », *Répertoire général du Notariat*, 1928.
- « Le concubinage », *Répertoire général du Notariat*, 1927.
- TROTABAS. — « La nature du droit résultant d'une concession funéraire d'après la loi du 3 janvier 1924 », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1927.
- VANDAMME (M^{lle}). — « La concubine doit-elle être admise à agir en réparation contre l'auteur de la mort de celui avec lequel elle vivait ? », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I. <i>Histoire de l'union libre</i>	1
II. <i>Effets de l'union libre</i>	5
A. L'union libre et la loi	11
B. L'union libre et la jurisprudence	13
1° Rôle du concubinage dans la recherche de la paternité et de la maternité	15
2° Rapports des concubins entre eux	19
3° Rapports des concubins avec les tiers	20
<i>Plan de notre étude</i>	32
	34

PREMIÈRE PARTIE

LE PRÉJUDICE MATÉRIEL

CHAPITRE PREMIER

LA JURISPRUDENCE

<i>Section I.</i> — Le Conseil d'Etat	40
<i>Section II.</i> — La jurisprudence civile	42
A. Décisions défavorables à la concubine	44
B. Décisions favorables à la concubine	52
	55

CHAPITRE II

CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE, LA DOCTRINE

<i>Section I.</i> — Critique fondée sur l'immoralité de l'union libre	61
<i>Section II.</i> — Critique fondée sur ce que la jurisprudence fait de l'union libre une véritable institution	62
<i>Section III.</i> — Critique relative au fondement juridique du droit à indemnité	68
I. La concubine peut-elle invoquer une situation juridique ?	74
II. Le simple intérêt lésé de la concubine comporte-t-il réparation ?	76
	87

DEUXIÈME PARTIE
LE PRÉJUDICE MORAL

CHAPITRE PREMIER

LE PRÉJUDICE MORAL. CONDITIONS DE SA RÉPARATION.	98
---	----

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE	107
------------------------	-----

I. Conseil d'Etat	107
II. Jurisprudence civile	109

CHAPITRE III

JUSTIFICATION DE LA JURISPRUDENCE. LA DOCTRINE	116
--	-----

CONCLUSION	125
------------------	-----

BIBLIOGRAPHIE	132
---------------------	-----

